

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

DEPARTAMENTO DE DIREITO

VITOR FELIPE PITZ

**O SISTEMA DE PRECEDENTES DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL VS. A
DOCTRINA DO *STARE DECISIS* DO *COMMON LAW***

Florianópolis

2016

VITOR FELIPE PITZ

**O SISTEMA DE PRECEDENTES DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL VS. A
DOCTRINA DO *STARE DECISIS* DO *COMMON LAW***

**Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Centro de Ciências
Jurídicas da Universidade Federal de
Santa Catarina, como requisito parcial
à obtenção do título de Bacharel em
Direito.**

**Orientador: Prof. Dr. Pedro Miranda de
Oliveira**

Florianópolis

2016

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO


TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado "**O sistema de precedentes do novo código de Processo Civil e a Doutrina do Stare Decisis do Common Law**", elaborado pelo(a) acadêmico(a) **Vitor Felipe Pitz**, defendido em **28/06/2016** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 9,5 (Nove e Meio), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 28 de Junho de 2016.



Pedro Miranda de Oliveira
Professor Orientador



Morgana Henicka Galio
Membro de Banca



Luis Felipe Espindola Gouvêa
Membro de Banca



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno(a): Vitor Felipe Pitz

RG:

CPF:

Matrícula: 1120-1192

Título do TCC: O sistema de precedentes do novo código de Processo Civil e a Doutrina do Stare Decisis do Common Law

Orientador(a): Pedro Miranda de Oliveira

Eu, **Vitor Felipe Pitz**, acima qualificado(a); venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido.

Florianópolis, 28 de Junho de 2016

Vitor Felipe Pitz

RESUMO

O presente trabalho almeja promover o debate teórico acerca da adoção de institutos jurídicos próprios do sistema anglo-americano pelo ordenamento jurídico brasileiro. Parte-se do estudo das tradições do *civil law* e do *common law* no intuito de comparar o sistema de precedentes vinculantes positivado pelo novo Código de Processo Civil com a doutrina do *stare decisis* do *common law*. As diversas reformas processuais iniciadas no final século passado demonstraram a ineficiência da prestação jurisdicional no sistema jurídico brasileiro e evidenciaram a busca pela superação da crise instaurada no ordenamento. Instabilidade, imprevisibilidade e insegurança não condizem com os valores que sustentam uma ordem jurídica íntegra e o Estado Democrático de Direito, eis que minam a confiança do jurisdicionado e assolam a credibilidade do Poder Judiciário. Destarte, demonstra-se a imprescindibilidade de respeito aos precedentes no Brasil. As diretrizes trazidas pelo novel caderno processual não se efetivarão apenas com a imposição legal de observância obrigatória dos precedentes, mas deve igualmente haver mudança na cultura dos juristas brasileiros, isto é, deverão pensar o direito de outra forma. Resta clarificante, pois, a pertinência do estudo acerca das dissemelhanças e dos pontos de convergência entre os dois sistemas. Para esse fim, estrutura-se o estudo em três partes: ilustra-se, primeiramente, a doutrina do *stare decisis* mediante uma perspectiva histórica - explicitando-se os elementos formadores do precedente e as técnicas empregadas para a sua superação e distinção. Após, faz-se a análise dessa doutrina dentro do ordenamento brasileiro, com ênfase na positivação do sistema de precedentes no novo Código de Processo Civil. Por fim, abordam-se os pontos de convergência e as dissemelhanças entre o sistema anglo-americano de vinculação de precedentes e o sistema brasileiro.

Palavras-chave: Direito Processual Civil. Novo Código de Processo Civil. Precedente. *Civil law*. *Stare decisis*. *Common law*. Direito comparado.

RIASSUNTO

Il presente lavoro intende promuovere il dibattito teorico sull'adozione di istituti giuridici propri del sistema anglo-americano nell'ordinamento giuridico brasiliano. Si parte dallo studio delle tradizioni del *civil law* e del *common law* volto a comparare il sistema di precedenti vincolanti positivato nel nuovo Codice di Procedura Civile brasiliano, con la dottrina del *stare decisis* del *common law*. Le diverse riforme processuali iniziate alla fine dello scorso secolo dimostrano l'inefficienza dell'esercizio della giurisdizione nel sistema giuridico brasiliano e hanno evidenziato la ricerca per la superazione della crisi instaurata nell'ordinamento. Instabilità, imprevedibilità ed insicurezza sono in contrasto con i valori che sostengono un ordine giuridico integro ed uno Stato Costituzionale di Diritto, poiché riducono la confidenza del cittadino e rovinano la credibilità del potere giudiziario. Si dimostra, pertanto, l'imprescindibilità del rispetto al precedenti nel Brasile. Le direttive portate dal nuovo quaderno processuale non si realizzeranno con la sola imposizione legale di osservanza obbligatoria dei precedenti, ma deve, ugualmente, avere un cambiamento nella cultura dei giuristi brasiliani, cioè, dovranno pensare il diritto in un altro modo. Resta chiaro, dunque, la pertinenza dello studio circa le differenze ed i punti di convergenza tra i due sistemi. Per farlo, si strutturerà lo studio in tre parti: si illustra, in primo luogo, la dottrina del *stare decisis* attraverso una prospettiva storica – esplicitandosi gli elementi costitutivi del precedente e le tecniche impiegate per la sua superazione e distinzione. In seguito, si farà l'analisi di questa dottrina all'interno dell'ordinamento giuridico brasiliano, con enfasi nella positivizzazione del sistema dei precedenti nel nuovo Codice di Procedura Civile brasiliano. Alla fine, si tratterà dei punti di convergenza e le differenze tra i sistemi anglo-americano di vincolazione di precedenti ed il sistema brasiliano.

Parole-chiave: Processo Civile. Nuovo Codice di Procedura Civile. Precedente. *Civil law*. *Stare decisis*. *Common law*. Diritto comparato.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1. O COMMON LAW E A DOUTRINA DO STARE DECISIS.....	11
1.1. ASPECTOS HISTÓRICOS E FORMAÇÃO DO SISTEMA DE PRECEDENTES.....	11
1.2. A DOUTRINA DO STARE DECISIS.....	17
1.3. ELEMENTOS FORMADORES DO PRECEDENTE.....	22
1.3.1. <i>Ratio decidendi</i>	23
1.3.2. <i>Obiter dictum</i>	28
1.4. TÉCNICAS DE DISTINÇÃO E SUPERAÇÃO DE PRECEDENTES.....	31
1.4.1. <i>Distinguishing</i>	31
1.4.2. <i>Overruling</i>	35
1.4.3. Técnicas de sinalização (<i>techniques of signaling</i>).....	39
1.4.4. <i>Transformation</i>	40
1.4.5. <i>Overriding</i>	41
1.4.6. Elaboração de distinções inconsistentes (<i>inconsistent distinguishing</i>).....	41
1.4.7. <i>Anticipatory overruling</i>	42
2. O SISTEMA DE PRECEDENTES VINCULANTES DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	44
2.1. DA ORIGEM DO CIVIL LAW À CRISE DO JUDICIÁRIO E A INSEGURANÇA DO JURISDICIONADO.....	44
2.2. O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	52
2.2.1. Da importância do art. 489, §1º, do CPC/2015, a <i>ratio decidendi</i> ou “fundamentos determinantes da decisão”.....	59
2.2.2. O <i>distinguishing</i> ou o “método da distinção” no ordenamento jurídico brasileiro.....	65
2.2.3. O <i>overruling</i> ou os “critérios para revogação de precedente” no ordenamento jurídico brasileiro.....	69
2.2.3.1. Modulação dos efeitos da decisão revogadora.....	70
3. O SISTEMA DE PRECEDENTES VINCULANTES DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL VS. A DOUTRINA DO STARE DECISIS DO COMMON LAW.....	73

3.1.DOS FATORES QUE EVIDENCIAM A APROXIMAÇÃO DE AMBAS AS TRADIÇÕES JURÍDICAS.....	73
3.2.DA COMPARAÇÃO ENTRE OS INSTITUTOS JURÍDICOS POSITIVADOS PELO SISTEMA BRASILEIRO DE PRECEDENTES E OS ADOTADOS PELA DOUTRINA DO <i>STARE DECISIS</i>	82
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	90
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	93

INTRODUÇÃO

A pertinência da realização desse trabalho reside no fato de o novo Código de Processo Civil brasileiro, com o escopo de garantir a estabilidade e a unidade do ordenamento, de tutelar a segurança jurídica e a confiabilidade do cidadão e de promover uma prestação jurisdicional célere e equitativa, positivou dispositivos legais que evidenciam a adoção de um sistema de precedentes vinculantes.

As várias reformas processuais iniciadas há duas décadas demonstravam a imprescindibilidade de revolucionar a prestação jurisdicional no Brasil. Destarte, por meio da adoção de uma doutrina de respeito às decisões vinculantes, avistou-se a possibilidade de superar a crise institucional instaurada no Poder Judiciário desde sua gênese por intermédio da doutrina de respeito aos precedentes firmados pelas Cortes superiores.

Evidencia-se, porquanto, a imprescindibilidade de promover a presente pesquisa, que consiste em comparar o sistema de precedentes positivado pelo novel caderno processual brasileiro com a doutrina do *stare decisis*.

Esta monografia está inserida na área da Teoria Geral do Direito e apresenta um estudo acerca da vinculação de precedentes sob a ótica do direito comparado, a fim de analisar as disparidades e os pontos de convergência entre a doutrina do *stare decisis* adotada no *common law* e o sistema brasileiro de precedentes. Para concretizar tais objetivos, adotou-se o método científico dedutivo e empregou-se a técnica de pesquisa bibliográfica. Por fim, estruturou-se esse trabalho em três capítulos, os quais passo a deslindar.

No primeiro capítulo, faz-se uma análise histórica acerca da formação da tradição jurídica do *common law* até o surgimento do *stare decisis*. Aprofunda-se a pesquisa elucidando os conceitos de *ratio decidendi* e *obiter dictum*, demonstrando, pois, os elementos constitutivos do precedente. Ademais, abordam-se as técnicas de distinção e superação dos precedentes, *distinguishing* e *overruling*, bem como os métodos denominados intermediários, mais comumente aplicados no ordenamento norte-americano, sendo estes: técnica da sinalização (*technique of signaling*), *transformation*, *overriding*, distinção inconsistente (*inconsistent distinguishing*) e *anticipatory overruling*.

Na segunda parte, o cerne da pesquisa passa a ser o sistema jurídico brasileiro. Parte-se de uma análise histórica a respeito do desenvolvimento do *civil*

law, ilustrando os dogmas impostos pela Revolução Francesa e as consequências acarretadas à tradição codicista, além de demonstrar o impacto trazido pelo constitucionalismo a esse sistema. Fala-se, ainda, da crise instaurada no Poder Judiciário brasileiro desencadeada pela instabilidade das decisões e desigualdade na prestação jurisdicional, bem como pelos sentimentos de insegurança, incerteza e injustiça enfrentados pelo jurisdicionado. Outrossim, faz-se a análise dos institutos jurídicos positivados pelo novo caderno processual brasileiro que evidenciam a adoção de um sistema de respeito às decisões vinculantes.

Por fim, no terceiro capítulo, faz-se uma comparação acerca da aplicação dos precedentes nos dois sistemas, elucidando as particularidades inerentes a cada uma destas tradições jurídicas, a fim de aferir os seus pontos de convergência e as suas dissemelhanças.

1. O *COMMON LAW* E A DOUTRINA DO *STARE DECISIS*

1.1. ASPECTOS HISTÓRICOS E FORMAÇÃO DO SISTEMA DE PRECEDENTES

O *common law* é um sistema jurídico concebido na Inglaterra, precipuamente pela ação dos Tribunais Reais de Justiça após a invasão normanda, fortemente marcado pela sua formação histórica. O estudo acerca deste sistema de direito deve ser traçado paralelamente ao estudo do direito inglês, eis que a história de ambos se confunde até o século XVIII.¹

Para René David², a construção do direito inglês é marcada por quatro períodos históricos. A primeira fase de formação do direito na Inglaterra é anterior à invasão normanda de 1066 e é conhecida por período anglo-saxônico. O segundo, que compreende o interregno entre a conquista normanda e a dinastia dos Tudors (1485), é marcado pelo surgimento da tradição jurídica da *common law*, a qual se desenvolve e substitui os costumes locais, tornando-se, por conseguinte, comum a todo o reino. No terceiro período, que vai de 1485 até 1832, desenvolve-se, juntamente com o *common law*, um sistema jurídico complementar que se manifesta nas “regras de equidade”. Por fim, o quarto período, que se inicia em 1832 e perdura até a atualidade, é o momento no qual o sistema deve se adaptar a uma sociedade dirigida pela administração.

A conquista normanda representa um divisor de águas na história do direito inglês, porquanto instituiu um poder forte e centralizador, que pôs fim à época tribal e instaurou o feudalismo.³

A respeito da fase feudal inglesa explica David que:

Este feudalismo é muito diferente daquele que, na mesma época, pode ser observado na França, na Alemanha ou na Itália. Os senhores normandos, que acompanharam Guilherme à Inglaterra, vêem-se [sic] num país conquistado, cuja língua lhes é de todo estranha e cujos habitantes e costumes são por eles desprezados. Sentem a necessidade de se agrupar à volta de seu soberano, para defender a sua conquista e as suas propriedades. O conquistador soube precaver-se contra o perigo que representariam para ele vassalos muito poderosos; na distribuição das

¹ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 351.

² Ibid., p. 356.

³ Ibid., p. 358.

terras aos seus súditos não formou nenhum grande feudo, de modo a que nenhum 'barão' pudesse rivalizar com ele em poder, e uma lei do ano de 1290, o Estatuto *Quia emptores*, proibiu qualquer "subenfeudação", de modo que todos os senhores dependem diretamente do rei.⁴

Destarte, "este caráter militar, organizado, do feudalismo inglês é um dos elementos que vai permitir, por oposição ao continente europeu, o desenvolvimento da *common law*".⁵

Preleciona René David⁶ que "A *comune ley* ou *common law* é, por oposição aos costumes locais, o direito comum a toda Inglaterra". A concepção do direito comum inglês é obra exclusiva dos Tribunais Reais de Justiça, também denominados Tribunais de Westminster.

A unidade política e administrativa instaurada após a invasão normanda teve como consequência a unificação do direito inglês. S. F. C. Milsom inicia com estas palavras a sua história do direito inglês: "O *Common Law* é o subproduto de um triunfo administrativo".⁷

No início da conquista normanda, a jurisdição real era exercida apenas em casos excepcionais, seja na hipótese de ameaça à paz do reino ou na impossibilidade de se praticar a justiça pelas vias ordinárias. A corte real, denominada *Curia regis*, era a corte das grandes personagens e das grandes causas, não era aberta a qualquer um.⁸

Durante o governo de Guilherme I, a *Curia regis* se tornou o centro da vida administrativa e jurídica da Inglaterra. Nela se concentrava uma classe homogênea de juristas, da qual saíam os juízes que, por meio do exercício de sua jurisdição, acabaram criando o *common law*. Para Losano⁹, "esse é, portanto, um direito consuetudinário, mas num sentido especial: o costume que é fonte desse direito não nasce do comportamento popular, e sim do comportamento dos juízes."

Conforme já assinalado, os Tribunais Reais não possuíam competência universal para conhecer de todos os litígios que surgiam no reino, eles se limitavam a apenas três categorias de causas: questões alusivas às finanças reais, as quais eram julgadas pelo Tribunal de Apelação (*Exchequer*), à propriedade imobiliária e à

⁴ DAVID, 2002, p. 358.

⁵ DAVID, loc. cit.

⁶ Ibid., p. 359.

⁷ LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus*. São Paulo: M. Fontes, 2007, p. 324.

⁸ DAVID, loc. cit.

⁹ LOSANO, op. cit., p. 325.

posse de imóveis, que eram de competência do Tribunal de Pleitos Comuns (*Common Pleas*), e, por fim, às graves questões criminais que se relacionavam com a paz do reino, conhecidas pelo Tribunal do Banco do Rei (*King's Bench*).¹⁰

No tocante à extensão de competência dos Tribunais Reais ensina David que:

O rei procura estender os seus poderes de soberano justiceiro no reino. O interesse do Chanceler e dos juizes reais é conhecer de um maior número de questões, devido aos lucros que a administração judicial proporciona. Os Tribunais Reais são, por outro lado, impelidos a alargar a sua competência pelas solicitações dos particulares, a quem a justiça real surge como muito superior à das outras jurisdições. Só os Tribunais Reais possuem meios efetivos para assegurar o comparecimento das testemunhas e para executar as suas decisões. Por outro lado, só o rei, com a Igreja, pode obrigar os seus súditos a prestar juramento; os Tribunais reais puderam, por isto, modernizar o seu processo e submeter o julgamento dos litígios a um júri, enquanto as outras jurisdições estavam condenadas a conservar um sistema arcaico de provas.¹¹

Para que uma questão jurídica fosse submetida à justiça real era necessário solicitar ao Chanceler a concessão de um *writ*. O processo seguido nos Tribunais varia conforme a ação é conduzida. Para cada *writ* há um processo correspondente, que tem um procedimento específico. Por conta disso, os juristas ingleses direcionavam a sua atenção às questões processuais ante a sua posição de destaque e a sua importância para a jurisdição das Cortes de Justiça.¹²

Ensina Losano¹³ que “devia existir uma correspondência entre o tipo do *writ* e o pedido, em estreita analogia ao direito romano. Se não estava previsto um certo tipo de *writ* que remediasse certa situação, a ação não podia ser proposta (*‘no writ, no remedy’*).”

Ao Rei, não obstante, era dada a liberdade para editar os *writs* de acordo com a sua discricionariedade. Este ato, não raramente, deslocava a competência para julgamento de inúmeras ações judiciais aos Tribunais de Westminster. Por conta disso, no ano de 1258 os feudatários obrigaram Henrique II a promulgar as *Provisions of Oxford* no intuito de restringir os tipos de *writs* aos existentes até esta data, fato que acabou por enrijecer o Common Law ante a impossibilidade da sua evolução.¹⁴

¹⁰ DAVID, 2002, p. 360.

¹¹ Ibid., p. 361.

¹² Ibid., p. 362-363.

¹³ LOSANO, 2007, p. 329.

¹⁴ LOSANO, loc. cit.

Posteriormente, com o propósito de conciliar os interesses dos feudatários com a necessidade de liberdade dos *writs* e de promover o reinício do processo evolutivo do *Common Law*, Eduardo I proclamou o *Statute of Westminster II*. Conhecida na história do direito inglês pelo nome de *In consimili casu*, esta decisão outorgava a concessão de novos writs a fim de satisfazer pretensões distintas das já existentes.¹⁵

Por volta de 1187 o livro de direito denominado Glanvill concebeu os princípios de literatura do emergente *Common Law*. De modo inovador, esses princípios jurídicos foram escritos na forma de comentários a respeito dos diferentes documentos legais existentes.¹⁶

À época em que foi escrito, três sistemas legais divergentes vigoravam na Inglaterra, quais sejam, os costumes locais, os direitos estabelecidos pela Igreja e os provenientes das Cortes do Rei. Esta foi, segundo Vieira, “uma tentativa bem sucedida de simplificar a realidade jurídica no reino inglês”. O livro versa apenas sobre os procedimentos a serem utilizados na Corte Real, rejeitando, portanto, todos os outros sistemas legais da época.¹⁷

O juiz Bracton trouxe grandes contribuições à literatura do *Common Law* ao tecer comentários a respeito dos casos julgados pelos Tribunais Reais. Em um primeiro momento a descrição dos casos possuía apenas função exemplificativa. Em uma segunda fase, no entanto, passou a relatar os julgados de forma crítica a fim de influenciar os julgadores a adotarem procedimentos mais corretos. Dessarte, pode-se dizer que seus comentários tinham força doutrinária.¹⁸

Ainda sobre as contribuições de Bracton ensina Vieira:

O mais importante foi que Bracton conseguiu influenciar os juristas da época a fazerem uso dos casos já decididos ao pleitearem perante as Cortes de Justiça. Esses juristas dirigiam-se ao rei ou ao juiz mencionando a forma como um caso semelhante ao que estava em questão havia sido julgado anteriormente. O julgador não era compelido a julgar da mesma forma, mas sentia-se influenciado a fazê-lo. Era quase o início da era do *Case Law*.¹⁹

¹⁵ LOSANO, 2007, p. 329-330.

¹⁶ VIEIRA, Andréia Costa. *Civil Law e Common Law: os dois grandes sistemas legais comparados*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007. p. 109.

¹⁷ Ibid., p. 110.

¹⁸ Ibid., p. 111.

¹⁹ Ibid., p. 112.

O método adotado por Bracton passou a influenciar a escrituração dos Livros do Ano. Estes surgiram como uma coletânea de comentários a respeito das petições endereçadas às Cortes Reais e serviam como guias de processo e procedimento aos advogados. A partir do reinado de Edward II passaram a relatar as discussões acerca dos casos julgados pelos Tribunais de forma meramente exemplificativa. Posteriormente, “a noção de tornar os princípios desenvolvidos nos casos relatados observância obrigatória foi, aos poucos, sendo introduzida nos Livros do Ano.”²⁰

Após o declínio das jurisdições regionais, a competência restrita dos Tribunais de Westminster não era suficiente para ofertar soluções justas aos litígios que surgissem no reino. À vista disso, era imprescindível o surgimento de um novo instituto jurídico para suprir as carências do *common law*.²¹

Posto isto, ante a impossibilidade de se obter justiça por meio das Cortes Reais, os jurisdicionados endereçavam recursos ao Chanceler, que, caso os julgasse pertinentes, enviava-os ao Rei para solucionar-os com o auxílio do seu conselho.

A partir do século XV, o Rei e o conselho delegaram a sua autoridade ao Chanceler, fato que fez surgir a figura de um juiz autônomo. O número de recursos interpostos almejando a intervenção real crescia gradativamente ante os entraves processuais, somados aos obstáculos opostos pelos juízes ao desenvolvimento do *common law*. Dessa forma, paralelamente às regras do *common law*, as decisões eram tomadas de maneira uniforme pelo Chanceler com base em doutrinas equitativas, levando em conta a equidade (*equity*) do caso concreto, constituindo, assim, correções aos princípios jurídicos aplicados pelos Tribunais Reais.²²

A partir disso, infere-se que:

Ao lado das regras da *common law* que são obra dos Tribunais Reais de Westminster, também designados por tribunais de *common law*, ele apresenta soluções de *equity*, que vieram completar e aperfeiçoar as regras de *common law*. A característica destas soluções de *equity* foi, até 1875, a circunstância de serem aplicadas exclusivamente por uma jurisdição especial: o Tribunal de Chancelaria.²³

²⁰ VIEIRA, 2007, p. 113-114.

²¹ DAVID, 2002, p. 370.

²² Ibid., p. 371-372.

²³ Ibid., p. 375.

O processo aplicado pelo Chanceler à jurisdição de equidade é totalmente distinto do seguido pelos Tribunais Reais, eis que aquele é baseado nos princípios derivados do direito romano e do direito canônico. Dessa forma, em oposição as normas arcaicas e enrijecidas do *common law*, a doutrina equitativa simboliza com efetividade o interesse social e o sentimento de justiça da época da Renascença, fato que levou o direito inglês a flertar com a tradição jurídica continental pelo triunfo da jurisdição de equidade e pela decadência do *common law*.²⁴

Todavia, no século XVII, a ascensão da *equity* foi preterida pelas Cortes Reais, que, coligadas ao parlamento, se opuseram ao absolutismo real, refutando a falta de segurança jurídica instituída pela discricionariedade do Chanceler, posto que as regras de equidade não estavam ligadas a normas jurídicas, mas a critérios morais do julgador. Assim sendo, foi firmado um pacto para que os tribunais do *common law* e a jurisdição do Chanceler coexistissem em um equilíbrio de forças.²⁵

No que diz respeito à *equity*:

A jurisdição do Chanceler subsistirá, mas já não tentará realizar novas intromissões em detrimento dos tribunais de *common law*; ela preceituará de acordo com os seus precedentes, furtando-se, assim, à acusação de arbitrária que lhe fora dirigida; entendeu-se, por outro lado, que o rei, futuramente, não utilizará mais a sua prerrogativa de justiça para criar novas jurisdições independentes dos tribunais de *common law*. A própria natureza da *equity*, finalmente, vai transformar-se: o Chanceler, homem político ou jurista, já não é qualificado para estatuir em nome da lei moral e tende a proceder mais como jurista.²⁶

Por conseguinte, constata-se a bipartição do sistema jurídico inglês, com a convivência harmônica entre o *common law* e a *equity*, ficando, assim, caracterizada a dualidade de jurisdições que perdurou na tradição jurídica anglo-saxã até o século XIX.

Entre os anos 1873 e 1875 os *Judicature Acts* puseram fim a dualidade deste sistema. Determinou-se que todas as jurisdições inglesas tinham competência para ordenar soluções de *equity* como sanções de *common law*. Portanto, os princípios e regras de cada uma destas jurisdições poderiam ser invocados perante um mesmo tribunal e em uma única ação.²⁷

²⁴ DAVID, 2002, p. 372-373.

²⁵ Ibid., p. 373.

²⁶ Ibid., p. 374.

²⁷ Ibid., p. 394.

Em meados do século XV, as questões de maior complexidade postas ao julgamento das Cortes Reais eram discutidas em colegiado pelos juízes, os quais criaram o hábito de envia-las à “Câmara Exchequer” (Exchequer Chamber) para que esta desse o seu parecer.²⁸

Mais tarde, entre os séculos XVI e XVII, a Câmara Exchequer estabeleceu que suas decisões seriam tratadas como precedentes vinculantes. Dessa forma, os princípios desenvolvidos no julgamento de um litígio posto a sua apreciação deveriam ser observados pelos juízes em casos semelhantes. Em que pese esta ter sido a primeira vez que se adotou um sistema de precedentes vinculantes, a sua obrigatoriedade absoluta foi estabelecida apenas no século XIX ante a limitação da competência para julgamento da Câmara Exchequer, somada com a discricionariedade das Cortes de Justiça em adotar ou não as decisões já proferidas.²⁹

A respeito do poder vinculante das decisões:

Como visto acima, até o século XVII, só as decisões da Câmara Exchequer eram vinculantes, ou seja, formavam a obrigatoriedade dos precedentes. Mais tarde, quando foi dado também às outras Cortes esse “poder vinculante”, a doutrina de precedentes ficou estritamente relacionada à hierarquia das Cortes de Justiça. Assim, firmou-se o princípio de que uma Corte está vinculada às decisões de Cortes superiores e também às decisões das Cortes de mesma instância. Dessa forma, uma corte superior não está vinculada às decisões das Cortes que lhe são inferiores em instância.³⁰

Infere-se, portanto, que, desde a sua formação, o sistema jurídico do *common law* adotava os costumes e princípios como fonte do direito, sem se vincular a um corpo rígido de normas. Ademais, deve-se frisar que não há qualquer referencia aos precedentes em sua origem, posto que esta doutrina não é necessária à existência da tradição jurídica anglo-saxã. A vinculação dos tribunais às decisões judiciais pretéritas foi resultado da sua própria experiência ao longo da sua evolução histórica, possibilitando o surgimento da doutrina do *stare decisis*, como é conhecido o sistema de precedentes no direito anglo-americano.

1.2. A DOUTRINA DO STARE DECISIS

²⁸ VIEIRA, 2007, p. 115.

²⁹ VIEIRA, 2007, p. 115-116.

³⁰ Ibid., p. 118.

A doutrina do *stare decisis*, a qual extrai seu significado do brocardo latino *stare decisis et non quieta movere* (mantenha-se a decisão e não perturbe o que foi decidido), constitui um elemento moderno do *common law* e é norteadada pelos princípios da igualdade, certeza e previsibilidade na aplicação do direito, valores tão caros e primordiais para o desenvolvimento de uma ordem jurídica estável e coerente. Para Miranda de Oliveira "o *common law* facilmente vislumbrou que a certeza jurídica apenas poderia ser obtida mediante o *stare decisis*."³¹

Ela, no entanto, não é apenas uma doutrina de estabilidade e uniformidade, porquanto enseja a evolução do sistema jurídico. "Não há como negar a importância que o *stare decisis* teve para o desenvolvimento do *common law* em sua feição moderna, tampouco esquecer que os precedentes – ao lado da lei e dos costumes – constituem fonte de direito neste sistema."³²

Conforme preleciona Miranda de Oliveira³³, "o modelo do *common law* está fortemente centrado na primazia da decisão judicial. É, pois, um sistema nitidamente judicialista. Ao mesmo tempo em que julga, o magistrado de certa forma legisla, criando regras de decisão aplicáveis a casos similares."

Nesta senda, explicita Edward D. Re:

A compreensão de que, no sistema do *common law*, uma decisão judicial desempenha dupla função é fundamental para a nossa análise. A decisão, antes de mais nada, define a controvérsia, ou seja, de acordo com a doutrina da *res judicata*, as partes não podem renovar o debate sobre as questões que foram decididas. Em segundo lugar, no sistema do *common law*, consoante a doutrina do *stare decisis*, a decisão judicial também tem valor de precedente.³⁴

Destarte, conclui-se que a decisão judicial é proferida com o fito de solucionar, primeiramente, a controvérsia entre os litigantes, e não com o de se tornar um precedente, sendo que a sua aplicação em um caso posterior é decorrência lógica da unidade do próprio sistema jurídico.

³¹ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. *A força das decisões judiciais*. Revista de Processo, v. 216, fev. 2013, p. 15.

³² MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 31.

³³ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. *Novíssimo Sistema Recursal*. 2 ed. rev., atual. e ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 158.

³⁴ RE, Edward D. "Stare Decisis". Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 31, n° 122, Mai./jul. 1994, p. 282.

Faz-se, então, necessária a delimitação do conceito de precedente judicial, eis que não se confunde com a definição de súmula, de jurisprudência ou de decisão. De fato, todo precedente nasce de uma decisão judicial, porém nem toda decisão constitui um precedente. “As decisões sobre questões de fato não constituem um precedente, pois cada caso é considerado único. Para constituir um precedente, a decisão deve tratar sobre uma questão de direito”.³⁵ Ademais, para que possa orientar causas vindouras e vincular a autoridade julgadora, a decisão judicial necessita enfrentar todos os argumentos favoráveis e contrários à tese jurídica suscitada.³⁶

Nas palavras de Marinoni³⁷, “é possível dizer que o precedente é a primeira decisão que, ao menos por maioria, decide a questão de direito ou é a decisão que, igualmente ao menos por maioria, definitivamente delinea, deixando-a cristalina”.

Para conferir legitimidade a um precedente de caráter obrigatório é imperioso que o enunciado acerca de uma questão jurídica tenha sido elaborado com observância do princípio do contraditório, isto é, que seja ofertada às partes a possibilidade de debater a respeito das teses jurídicas suscitadas.³⁸

Conforme ensina Miranda de Oliveira³⁹, “precedente judicial também não se confunde com jurisprudência. O precedente judicial limita-se a uma única decisão, enquanto a jurisprudência, seja uniforme ou não, traz intrínseca a ideia de conjunto, de pluralidade de decisões”. Além disso, “a jurisprudência afasta-se do caso concreto, uma vez que a sua pesquisa limita-se ao enunciado geral e abstrato da ementa”.⁴⁰ “O precedente judicial, diversamente, delimita os debates e argumentos enfrentados no caso concreto para chegar a determinada tese jurídica de forma coerente, possibilitando sua correta aplicação pelo intérprete da lei”.⁴¹

No *common law* o precedente “atua como fonte para o estabelecimento (indutivo) de diretrizes para os demais casos a serem julgados. A norma e o princípio jurídico são induzidos a partir da decisão judicial porque esta se preocupa apenas da solução do caso apresentado.”⁴² Para Marinoni⁴³, “quando se pensa em

³⁵ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. *O sistema de precedentes no CPC projetado: engessamento do direito?* Revista de Processo. São Paulo, v. 39, n. 232, jun. 2014, p. 309.

³⁶ MIRANDA DE OLIVEIRA, loc. cit.

³⁷ MARINONI, 2016, p. 157.

³⁸ Ibid., p. 158.

³⁹ MIRANDA DE OLIVEIRA, loc. cit.

⁴⁰ MIRANDA DE OLIVEIRA, loc. cit.

⁴¹ Ibid., p. 310.

⁴² Id., 2016, p. 159.

termos de precedente, a decisão de hoje não apenas considera o passado, mas também serve de guia para o futuro”.

O cerne da doutrina do *stare decisis* encontra-se no fato de que "os princípios jurídicos estabelecidos nas decisões das Cortes devem permanecer vigentes e aceitos como fontes primárias de Direito até que as Cortes superiores decidam de forma contrária, ou, ainda, que seja publicada legislação revogando tais princípios."⁴⁴

“Tratar da mesma forma casos similares é algo fundamental para a afirmação do poder e para a manutenção da segurança necessária ao desenvolvimento das relações sociais.” *Treat like cases alike* é um princípio basilar do *common law* que, além de conferir coerência ao sistema, garante a confiança e o respeito por parte dos jurisdicionados.⁴⁵

Para se compreender o caráter obrigatório de um precedente, faz-se mister delimitar qual parte da decisão judicial gera efeito vinculante, conceituando os elementos formadores do precedente. Nesta esteira, ensina Viera que:

Para entender como a *doctrine of stare decisis* (teoria de precedentes vinculantes) funciona no sistema da *Common Law*, é necessário entender o que é um precedente obrigatório, ou melhor aonde está a força vinculante, a que os povos de língua inglesa chamam de “*the binding element*”.⁴⁶

Sobre a formação do precedente, eis os dizeres de Miranda de Oliveira acerca do caráter vinculante de uma decisão:

Segundo Ugo A. Mattei, no sistema do *common law*, uma decisão terá força vinculante, quando houver: (a) identidade de fato; (b) já tenha sido adotada em Corte da mesma jurisdição; (c) não tenha sido modificada ou revista, ou seja, não tenha sido superada por entendimento mais atual; e (d) quando a matéria jurídica se apresenta idêntica.⁴⁷

Quanto à aplicação de um precedente, Edward D. Re⁴⁸ afirma que o juiz deve determinar se este será vinculativo ou meramente persuasivo. Na primeira hipótese, o precedente convencionado deve ser obrigatoriamente aplicado em um caso análogo subsequente. Se for meramente persuasivo, entretanto, o precedente não

⁴³ MARINONI, 2016, p. 87.

⁴⁴ VIEIRA, 2007, p. 119.

⁴⁵ MARINONI, loc. cit.

⁴⁶ VIEIRA, op. cit., p. 124.

⁴⁷ MIRANDA DE OLIVEIRA, 2016, p. 160.

⁴⁸ RE, 1994, p. 283.

deve ser aplicado isoladamente, mas sim levando em conta outros fatores pertinentes ao litígio em questão.

Os precedentes com força obrigatória automaticamente incidem sobre os tribunais e juízes que lhe são inferiores, configurando, portanto, a sua eficácia vertical. Fala-se, ainda, da eficácia horizontal dos precedentes, ou seja, da sua observância obrigatória pela Corte que o proferiu.⁴⁹ Dessa forma, infere-se que um precedente vincula não somente as decisões do órgão jurisdicional que o produziu, mas também as proferidas em casos similares apreciados pelos Tribunais que a si estiverem subordinados ou de mesma instância.

Só há obrigatoriedade na aplicação de um precedente se este possuir caráter vinculante. Quando o juiz é incitado pela parte a julgar conforme decisão pretérita, há apenas eficácia persuasiva, devendo, portanto, considerá-la. Este constitui um argumento da parte e não pode o julgador adotar ou rejeitar o precedente sem a devida fundamentação.⁵⁰

Na lição de Edward D. Re:

os precedentes não se devem aplicar de forma automática. O precedente deve ser analisado cuidadosamente para determinar se existem similaridades de fato e de direito e para determinar a posição atual da Corte com relação ao caso anterior. Estuda-se o precedente para determinar se o princípio nele deduzido constitui a fundamentação da decisão ou tão-somente um *dictum*. Apenas os fundamentos da decisão merecem reconhecimento e acatamento com força vinculativa. Um *dictum* é apenas uma observação ou opinião e, como tal, goza tão-somente de força persuasiva. Os fatores que afetam ou determinam o grau de persuasão que podem alcançar os dicta são muitos e de diversa natureza.⁵¹

Dessa forma, infere-se que "a força vinculativa de um caso anterior limita-se ao princípio ou regra indispensável à solução das questões de fato e de direito efetivamente suscitadas e decididas. Todos os pronunciamentos que não são indispensáveis à decisão constituem dicta."⁵² Assim, podemos afirmar que a fundamentação constitui elemento essencial da decisão para que haja vinculação.

Além disso, "como nenhum caso é igual ao precedente sob todos os aspectos, 'a igualdade' de dois casos que a esse respeito interessa considerar

⁴⁹ MARINONI, 2016, p. 94.

⁵⁰ Ibid., p. 93.

⁵¹ RE, 1994, p. 283.

⁵² Ibid., p. 284.

apenas pode residir no fato de eles coincidirem em certos pontos essenciais.”⁵³ Desse modo, a formação do precedente ocorre de forma paulatina e dinâmica. Ora, as teses jurídicas veiculadas nas inúmeras demandas judiciais são debatidas e analisadas por diferentes magistrados integrantes do primeiro e segundo grau de jurisdição de diversas localidades, contribuindo, assim, para o amadurecimento das questões aventadas.⁵⁴

À vista disso, infere-se que a participação das partes, bem como a atuação dos juízes, dos advogados e demais envolvidos no processo contribuem substancialmente para que a decisão firmada nos Tribunais Superiores seja a mais adequada para a questão posta à apreciação do Judiciário, constituindo, por conseguinte, um precedente para casos análogos ulteriores.⁵⁵

É imprescindível, portanto, elucidar os conceitos de *ratio decidendi* e *obiter dictum* para aprofundarmos nossa compreensão acerca dos precedentes. Posto isto, passamos agora à análise acerca dos seus elementos formadores.

1.3. ELEMENTOS FORMADORES DO PRECEDENTE

Como já explicitado no tópico anterior, “precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos”.⁵⁶

Neste estudo acerca dos precedentes obrigatórios é oportuno que determinemos qual parte da decisão judicial vincula o seu aplicador. “As decisões judiciais são compostas pela *ratio decidendi* (rule) e pelos *obiter dicta*”.⁵⁷ O primeiro instituto diz respeito à parte vinculante da decisão judicial. Já o segundo, trata dos discursos não autoritativos que se manifestam nos pronunciamentos judiciais.⁵⁸

Consoante a lição de Cruz e Tucci, “todo precedente judicial é composto por duas partes distintas: a) as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; e b)

⁵³ MIRANDA DE OLIVEIRA, 2014, p. 314-315.

⁵⁴ Ibid., p. 311-312.

⁵⁵ Ibid., p. 312.

⁵⁶ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela* - 10. ed. - Salvador: JusPodivm, 2015, v. 2, p. 441.

⁵⁷ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Interpretação da lei e de precedentes - Civil Law e Common Law*. Revista dos Tribunais, v. 893, mar. 2010, p. 35.

⁵⁸ MIRANDA DE OLIVEIRA, op. cit., p. 310.

a tese ou princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidendi*) do provimento decisório”.⁵⁹

Eis os ensinamentos de Marinoni a respeito dos institutos formadores do precedente:

A razão de decidir, numa primeira perspectiva, é a tese jurídica ou a interpretação da norma consagrada na decisão. De modo que a razão de decidir certamente não se confunde com a fundamentação, mas nela se encontra. Ademais, a fundamentação não só pode conter várias teses jurídicas, como também considerá-las de modo diferenciado, sem dar igual atenção a todas. Além disso, a decisão, como é óbvio, não possui em seu conteúdo apenas teses jurídicas, mas igualmente abordagens periféricas, irrelevantes enquanto vistas como necessárias à decisão do caso.⁶⁰

1.3.1. *Ratio decidendi*

De início, cumpre salientar que a eficácia vinculante ou persuasiva de um precedente está visceralmente ligada com o conceito de *ratio decidendi*. “Na verdade, em sentido estrito, o precedente pode ser definido como sendo a própria *ratio decidendi*”.⁶¹

As razões de decidir ou os fundamentos da decisão são relevantes para o desenvolvimento do *common law*, haja vista que uma decisão pode gerar efeitos extraprocessuais, isto é, para além das partes de um processo. A decisão, tratada como precedente, importa aos juízes, a quem incumbe dar coerência à aplicação do direito, e aos jurisdicionados, que carecem de segurança jurídica e previsibilidade para embasarem os seus atos cotidianos.⁶²

A *ratio decidendi* não se confunde com a fundamentação e com o dispositivo. Ela é extraída ou elaborada a partir dos elementos da decisão, quais sejam, a fundamentação, o dispositivo e o relatório. As decisões proferidas no sistema do *common law* não prezam apenas pela segurança jurídica entre as partes de um processo, mas também pela segurança de todos os jurisdicionados. Posto isto, Marinoni aduz que “se o dispositivo é acobertado pela coisa julgada, que dá

⁵⁹ TUCCI, Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte de direito* – São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004, p. 12.

⁶⁰ MARINONI, 2016, p. 161.

⁶¹ DIDIER JR., BRAGA e OLIVEIRA, 2015, p. 442.

⁶² MARINONI, Luiz Guilherme. *Uma nova realidade diante do Projeto de CPC: a ratio decidendi ou os fundamentos determinantes da decisão*. Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 101, n. 918, abr. 2012, p. 355.

segurança à parte, é a *ratio decidendi* que, com o sistema do *stare decisis*, tem força obrigatória, vinculando a magistratura e conferindo segurança aos jurisdicionados”.⁶³

Neil MacCormick conceitua *ratio decidendi* como uma decisão, expressa ou implicitamente dada por um juiz, suficiente para resolver uma questão jurídica suscitada pelos argumentos das partes no caso, sendo esta decisão necessária para justificar a decisão final proferida no caso.⁶⁴

Para Didier Jr, Braga e Oliveira⁶⁵, “a *ratio decidendi* – ou, para os norte-americanos, a *holding* – são os fundamentos jurídicos que sustentam a decisão; a opção hermenêutica adotada na sentença, sem a qual a decisão não teria sido proferida como foi”.

Souza⁶⁶ aponta as cinco definições mais comuns de *ratio decidendi* encontradas na literatura jurídica inglesa:

- a) a regra de direito explicitamente estabelecida pelo juiz como base de sua decisão, isto é, a resposta explícita à questão de Direito do caso;
- b) a razão explicitamente dada pelo juiz para decisão, isto é, a justificação explícita para a resposta dada à questão do caso;
- c) a regra de Direito implícita nas razões do juiz para justificação de sua decisão, isto é, a resposta implícita à questão de Direito do caso;
- d) a razão implicitamente dada pelo juiz para decisão, isto é, a justificação implícita para a resposta dada à questão do caso;
- e) a regra de direito na qual se fundamenta o caso ou se cita como autoridade para um posterior intérprete, isto é, a resposta dada à questão de direito do caso.

Tucci⁶⁷ conceitua *ratio decidendi* como sendo a regra de direito que estabelece o cerne da tese jurídica suficiente para solucionar o caso concreto (*rule of law*). Sob esta ótica, perfaz que “três são os elementos que a integram: a) a indicação dos fatos relevantes (*statement of material facts*); b) o raciocínio lógico-jurídico da decisão (*legal reasoning*); e c) o juízo decisório (*judgement*)”.

Streck e Abboud nos trazem sete conceitos de *ratio decidendi* baseados na doutrina de Pierluigi Chiassoni:

É o critério decisional, ou seja, a regra que está subjacente à decisão; é o princípio do direito adotado para definir o conteúdo da demanda; é a

⁶³ MARINONI, 2012, p. 356.

⁶⁴ MIRANDA DE OLIVEIRA, 2014, p. 311.

⁶⁵ DIDIER JR., BRAGA e OLIVEIRA, 2015, p. 442.

⁶⁶ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Juruá. Curitiba, 2006, p. 126.

⁶⁷ TUCCI, 2004, p. 175.

premissa ou a passagem lógica que se revela necessária para se alcançar a decisão do caso; é a regra ou princípio que constitui a condição necessária ou suficiente; é o princípio de direito contido na decisão judicial e que é suficiente para decidir o caso concreto; é a argumentação explícita ou implícita necessária ou suficiente para definir o caso e, por último, é a relação entre resolução (motivada) do caso e o próprio caso, ou seja, o fato e as questões jurídicas inerentes.⁶⁸

Sendo assim, da lição de Streck e Abboud, depreende-se que *ratio decidendi* é a regra jurídica aplicada pelo magistrado para a solução de um litígio, a qual deve ser analisada à luz da questão fático-jurídica que solucionou. Outrossim, desempenha a função de prevenir arbitrariedades nas decisões judiciais.

Todavia, não há unanimidade no *common law* a respeito de uma definição de *ratio decidendi* ou de um método hábil a identificá-la. No entanto, o teste de Wambaugh e o método de Goodhart ganharam importância dada a sua notoriedade.⁶⁹

“Para Wambaugh, *ratio decidendi* é uma regra geral em cuja ausência o caso seria decidido de outra forma”. No teste elaborado pelo jurista, deve-se elaborar uma proposição de direito e adicionar um termo para inverter o significado da frase. Caso esta nova proposição modifique a decisão tomada pela Corte, constata-se que esta constitui a *ratio decidendi*. Já na hipótese desta nova proposição originar igual decisão, a original representa um *obiter dictum*.⁷⁰

O teste de Wambaugh é considerado falho pela doutrina contemporânea pelo fato de não contemplar decisões com mais de uma razão de decidir. Sua aplicação se torna limitada na hipótese da Corte decidir com base em dois fundamentos que, independentemente, podem conduzir a uma mesma solução. Quando o significado de um dos fundamentos fosse invertido, o outro é suficiente para manter a decisão ou impedir a alteração da conclusão. Assim, o teste faria com que as proposições sempre fossem *obiter dicta*.⁷¹

O método elaborado por Goodhart dá maior ênfase aos fatos e “propõe que a *ratio decidendi* seja determinada mediante a verificação dos fatos tratados como

⁶⁸ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* 2 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 46.

⁶⁹ MARINONI, 2016, p. 162.

⁷⁰ MARINONI, loc. cit.

⁷¹ Ibid., p. 163.

fundamentais ou materiais no precedente”. Ademais, deve-se analisar, ainda, a decisão que neles se baseou.⁷²

Cumpra esclarecer, então, que a *ratio decidendi* de um caso é determinada por meio da identificação dos seus fatos e da análise das “razões que embasam a conclusão, ou seja, as razões que anunciam a regra que dá solução ao caso”. Dessa forma, considerar as razões para a decisão possibilita o enquadramento de fatos similares em uma mesma categoria, respeitando, portanto, o princípio de que casos iguais devem ser tratados da mesma forma (*treat like cases alike*).⁷³

“Mas o melhor método é aquele que considere as duas propostas anteriores (de Wambaugh e de Goodhart), sendo, pois, eclético, tal como aquele trabalhado por Rupert Cross – e, ao que parece, também por Marinoni”.⁷⁴ Portanto, a busca pela *ratio decidendi* deve ser realizada a partir da identificação dos fatos relevantes à lide e dos motivos jurídicos determinantes que conduzam a decisão.

Há certa dificuldade em identificar a *ratio decidendi* na hipótese de um julgado ter duas *rationes*. “Porém, é necessário deixar claro que, nestes casos, cada uma das *rationes* é considerada suficiente para se chegar à solução do caso”. Fala-se, portanto, em duas *rationes* quando cada uma delas, de forma independente, é capaz de propiciar o mesmo resultado.⁷⁵

Resta-nos, ainda, saber quem define a *ratio decidendi*, se o órgão que institui o precedente ou se aquele que analisará a pertinência de sua aplicação. “Não há dúvida que, mesmo que a *ratio decidendi* seja instituída pelo órgão que elaborou o precedente, isto não isentará os juízes de, no futuro, compreendê-la diante dos novos casos sob julgamento”.⁷⁶

Nesta esteira, complementa Marinoni:

Nota-se que, ao se supor que a Corte subsequente cria o precedente, estabelece-se um efeito retroativo, não desejável e admissível quando se têm em conta a segurança jurídica e a previsibilidade. O novo caso dá à Corte posterior apenas a possibilidade de compreender o precedente, que existe desde quando instituído pela primitiva Corte. Portanto, ainda que se admitisse que o juiz do novo caso elabora a *ratio decidendi*, ter-se-ia necessariamente duas *ratio decidendi*, uma elaborada pelo juiz do caso originário e outra pelo juiz do novo caso. Lembre-se que é nesta dimensão que Julius Stone falou em *ratio decidendi* descritiva e em *ratio decidendi*

⁷² MARINONI, 2016, p. 163.

⁷³ Ibid., p. 165.

⁷⁴ DIDIER JR., BRAGA e OLIVEIRA, 2015, p. 450.

⁷⁵ MARINONI, op. cit., p. 173.

⁷⁶ Id., 2012, p. 363.

prescritiva, também atribuindo a esta última a qualificação de obrigatória, já que reveladora das razões que uma Corte posterior está obrigada a seguir.⁷⁷

Conforme Miranda de Oliveira⁷⁸, “a *ratio decidendi* do precedente não será definida no momento em que foi proferida a decisão, mas em momento posterior, pelo juiz que vier aplica-lo”. Portanto, infere-se que o magistrado responsável pelo caso em julgamento tem a incumbência de interpretar se o precedente judicial em cotejo deverá ser aplicado ou não à questão em discussão.

O juiz deve, então, identificar a igualdade ou a dissemelhança fática entre o precedente e o caso a ser julgado, sendo imprescindível a sua fundamentação acerca da aplicação ou o afastamento do precedente.⁷⁹

Da lição de Tucci⁸⁰, constata-se que “a *ratio decidendi* não é pontuada ou individuada pelo órgão julgador que profere a decisão. Cabe aos juízes, em momento posterior, extrair a ‘norma legal’ (abstraindo-a do caso) que poderá ou não incidir na situação concreta”.

Para Nunes e Horta⁸¹, “uma decisão não nasce como se precedente fosse: são os juízes de casos futuros que, instados a se manifestarem sobre decisões passadas, podem invocar tais decisões na qualidade de precedentes”.

Nesta senda, Marinoni aduz que:

a Corte subsequente, para aplicar um precedente, necessita definir o que realmente a obriga, vale dizer, precisa ter delineada a *ratio decidendi* do caso já resolvido. Para tanto, deve atentar não só para a linguagem do precedente, para a questão de direito discutida e para os fatos que nele estiverem presentes, mas também para os julgadores anteriores e, principalmente, posteriores ao precedente que possam explicar o significado de declarações contidas no precedente sob análise.⁸²

Fala-se, portanto, da necessidade de interpretação da *ratio decidendi* e da relevância que os casos posteriores representam para a sua elucidação. Entretanto,

⁷⁷ MARINONI, 2012, p. 363.

⁷⁸ MIRANDA DE OLIVEIRA, 2014, p. 314.

⁷⁹ Ibid., p. 315.

⁸⁰ TUCCI, 2004, p. 175.

⁸¹ NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. *Aplicação de precedentes e distinguishing no CPC/2015: uma breve introdução*. In: CUNHA, Leonardo Carneiro da; MACÊDO, Lucas Buril de; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de (org.). *Precedentes judiciais no CPC. Coleção Novo CPC e novos temas*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 9. Disponível em: <https://www.academia.edu/12353024/APLICA%C3%87%C3%83O_DE_PRECEDENTES_E_DISTINGUISHING_NO_CPC_2015>. Acesso em: 17 mai. 2016.

⁸² MARINONI, 2016, p. 178.

na hipótese de o magistrado se deparar com uma questão de direito não abordada pelo precedente em cotejo, diz-se que o enfrentamento desta pelo novo julgamento pode reduzir ou ampliar a *ratio decidendi*. À vista disso, Marinoni assevera que “não há interpretação da antiga *ratio*, mas formação paulatina ou incremento da *ratio*, que ganha corpo em virtude do julgamento de um novo caso”.⁸³

Para identificar o ponto de direito que faz parte da *ratio decidendi*, é necessário que o julgador faça a análise do caso com base na fundamentação apresentada pela Corte e investigue como os pontos de direito foram relacionados com as alegações das partes e com os fatos que compõe o litígio. Nesta senda, preleciona Marinoni:

É neste sentido que se diz que o ponto de direito tem de ser suficiente para a específica solução dada ao caso. É por tal motivo que não constitui *ratio decidendi*, no *common law*, o fundamento que, embora detidamente analisado, é suficiente para decisão que pronuncia a competência da Corte, mas não soluciona o caso. Ainda por exemplo, é pelo mesmo motivo que as razões que rejeitam argumento da parte, que, com base em outro fundamento, obteve decisão favorável, não constituem *ratio decidendi*.⁸⁴

Posto isto, resta clarividente que a identificação da *ratio decidendi* é crucial na aplicação de um sistema de precedentes, eis que é a parte vinculante da decisão. Dessa forma, deve o aplicador buscar nos fundamentos para a decisão os pontos de direito que solucionam o caso, visto que a *ratio decidendi* é vista como passo suficiente à específica solução dada à lide. Nesse sentido:

A sentença contém dois atos jurídicos distintos: a fundamentação, na qual se expõe a *ratio decidendi*, e o dispositivo, no qual se determina a norma individualizada. A falta de fundamentação torna difícil ou impossível identificar a *ratio decidendi* e, por isso, permite a invalidação do dispositivo, outro ato jurídico, cuja validade depende da existência do primeiro.⁸⁵

1.3.2. *Obiter dictum*

A atenção dedicada pelos juristas à distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dictum* esteve sempre presente na tradição jurídica da *common law*. Tal distinção é pertinente ante a valorização dada pelo sistema aos fundamentos da decisão. Cabe ao magistrado, portanto, analisar o julgado e verificar a sua porção que tem efeito

⁸³ MARINONI, 2016, p. 179.

⁸⁴ Ibid., p. 180.

⁸⁵ DIDIER JR., BRAGA e OLIVEIRA, 2015, p. 444.

obrigatório ou vinculante. Dessa forma, há necessidade de discriminar a parte da fundamentação que verdadeiramente dá significado à decisão daquilo que não lhe diz respeito ou não lhe é essencial.⁸⁶

O *obiter dictum* (*obiter dicta*, no plural), ou simplesmente *dictum*, é o argumento jurídico consideração, comentário exposto apenas de passagem na motivação da decisão, que se convola em juízo normativo acessório, provisório, secundário, impressão ou qualquer outro elemento jurídico-hermenêutico que não tenha influência relevante e substancial para a decisão (“prescindível para o deslinde da controvérsia”).⁸⁷

Para Souza⁸⁸, “se uma proposição ou regra de Direito constante de um caso não faz parte da sua *ratio decidendi*, ela é, por definição, *dictum* ou *obiter dictum*, e, conseqüentemente, não obrigatória”.

Segundo Teresa Arruda Alvim Wambier⁸⁹, “tudo o que é dito numa decisão e que não integra a *ratio decidendi* é *obiter dicta*, e o que é dito *obiter dicta* tem um peso meramente persuasivo”.

As compreensões da Corte que não sejam necessárias à solução da lide, isto é, não fazem parte da *ratio decidendi*, não são formalmente vinculantes. A esta parte supérflua da fundamentação se dá o nome de *obiter dictum*.⁹⁰

Em que pese se afirme que *dictum* é o argumento desnecessário ao alcance da questão e solução do caso, cumpre asseverar que a doutrina os classifica de diferentes maneiras ante as suas especificidades.

Como esclarece Neil Duxbury, as passagens que são *obiter dicta* se apresentam de diversas formas, como as que não são necessárias ao resultado, as que não são conectadas com os fatos do caso ou as que são dirigidas a um ponto que nenhuma das partes buscou arguir. De outro lado, informa Robert Summers, em trabalho voltado a explicar o funcionamento dos precedentes em seu país, que a espécie de *dicta* mais comum nos Estados Unidos consiste em declarações da Corte sobre questões que ela não está realmente decidindo ou foi chamada a decidir.⁹¹

No tocante à precisão do significado dos termos, diz-se que *dictum*, apesar de não ser *ratio decidendi*, tem maior poder de persuasão do que *obiter dictum*, posto

⁸⁶ MARINONI, 2016, p. 167.

⁸⁷ DIDIER JR., BRAGA e OLIVEIRA, 2015, p. 444.

⁸⁸ SOUZA, 2006, p. 139.

⁸⁹ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law*. Revista de Processo. São Paulo, v. 34, n. 172, 2009, p. 131.

⁹⁰ MIRANDA DE OLIVEIRA, 2014, p. 311.

⁹¹ MARINONI, op. cit., p. 168-169.

que este tem uma ligação menos expressiva com a matéria do caso do que aquele.⁹²

Souza, citando Mcleod, emprega outra terminologia ao termo. Tomando por referência o seu grau de persuasão, o autor fala em *gratis dictum* e *judicial dictum*:

Gratis dicta são meros desperdícios (afirmações que são jogadas fora, como se fossem de graça) e, assim, de pouquíssimo, se houver, valor ou força persuasiva. É provável, portanto, que as **gratis dicta** serão tidas, sobretudo, como mero produto do pensamento do juiz. As **Judicial dicta**, por outro lado, terão sido precedidas, não apenas por um longo e cuidadoso pensamento, mas também de uma extensiva argumentação sobre o ponto em questão. De fato, portanto, as **judicial dicta** podem ser fortemente persuasivas como também praticamente indistinguíveis da **ratio**.⁹³

Posto isto, atribui-se essa denominação ao *dictum* com grande efeito persuasivo, reservando-se o tradicional título *obiter dictum* às proposições que tratam de questões não relevantes e periféricas. Ademais, na hipótese de um *obiter dictum* se aproximar da *ratio decidendi*, conquanto aquele não tenha caráter vinculante, tem efeito persuasivo bastante forte.

Nesta senda, Souza, citando Zander, anota que:

Dicta podem ser de grande peso persuasivo, mas não podem, sob circunstância alguma, ser obrigatórias para qualquer corte. A afirmação mais cuidadosamente considerada e deliberada do Direito, apesar de feita por todos os cinco **Law Lords**, mas que é uma **dictum**, não pode obrigar nem mesmo o juiz de grau mais inferior do país. Tecnicamente, ele está livre para seguir seu próprio caminho. Na prática, é claro, as fortes decisões **obiter** das cortes superiores são seguidas e certamente receberão a maior atenção; mas, nos termos precisos da teoria, elas não são obrigatórias.⁹⁴

Fala-se, ainda, de um fenômeno, admitido nos Estados Unidos, em que os magistrados se veem vinculados por razões que, anteriormente, eram tratadas como *obiter dictum*, isto é, não tinham caráter vinculante. Chega-se a admitir, então, “que o tribunal inferior pode se considerar obrigado em face das razões não necessárias à decisão, as quais, então, deixam de ser vistas como *dicta* e passam a ser consideradas uma *ratio decidendi* alternativa”.⁹⁵

Destarte, ocorre a assimilação do *dictum* como *ratio*, chamada pela doutrina de *ratio* alternativa ou de “*alternative holding*”. Nesta esteira, explica Marinoni:

⁹² SOUZA, 2006, p. 140.

⁹³ SOUZA, loc. cit.

⁹⁴ SOUZA, op. cit., p. 140-141.

⁹⁵ MARINONI, 2016, p. 175-176.

Compreendem-se melhor, dessa forma, os desabafos de alguns doutrinadores do *common law*, quando se deparam com questões ampla e profundamente discutidas pelas Cortes, muitas vezes decididas à unanimidade, que tecnicamente são consideradas *obiter dicta* apenas por não constituírem passo necessário à resolução do caso. Cross, ao constatar que, em *Perry v. Kendrick's Transport*, a Corte decidiu a primeira questão em favor do recorrido sem que isso fosse necessário para se chegar à solução positiva ao recorrente, exclamou que é difícil acreditar que um juiz de primeiro grau vá se sentir livre para desrespeitar tal decisão, embora ela seja tecnicamente um *obiter dictum*.⁹⁶

1.4. TÉCNICAS DE DISTINÇÃO E SUPERAÇÃO DOS PRECEDENTES

1.4.1 *Distinguishing*

“O *distinguishing* é uma técnica, típica do *common law*, consistente em não se aplicar o precedente quando o caso a ser decidido apresenta uma peculiaridade, que autoriza o afastamento da *rule* e que a decisão seja tomada independentemente daquela”.⁹⁷ Assim, denota-se que este método possibilita à parte demonstrar que seu caso difere, em pontos essenciais, dos precedentes existentes acerca da matéria nele tratada, de modo que a sua aplicação à lide é afastada, sem perder, no entanto, a sua validade no ordenamento jurídico.

Miranda de Oliveira, citando Thomas da Rosa Bustamante, explicita que:

A regra da qual o tribunal se afasta permanece válida mas não é aplicada com fundamento em um discurso de aplicação em que, das duas, uma: (1) ou se estabelece uma exceção anteriormente não reconhecida (...); ou (2) se utiliza o argumento *a contrario* para fixar uma interpretação restritiva da *ratio decidendi* do precedente invocado na hipótese de se concluir que o fato *subjudice* não pode ser subsumido do precedente.⁹⁸

Destarte, infere-se que na primeira hipótese apresentada ocorre uma restrição do precedente, reduzindo a sua aplicação em razão de algum fator de distinção antes não tratado; já na segunda hipótese a *rule* do precedente não é alterada, posto que a sua interpretação atual, já restritiva, não alcança o litígio em análise.

Nesta senda, Nunes e Horta prelecionam que:

⁹⁶ MARINONI, 2016, p. 177.

⁹⁷ MIRANDA DE OLIVEIRA, 2014, p. 317.

⁹⁸ MIRANDA DE OLIVEIRA, loc. cit.

Da aplicação do *distinguishing* podem resultar duas consequências: ou se cria uma exceção à regra jurisprudencial estabelecida, reduzindo o seu campo de incidência, ou se limita a aplicação dessa regra em razão da existência de especificidades (que podem ser até mesmo contextuais) que desautorizam o mesmo tratamento jurisdicional do caso precedente ao caso presente.⁹⁹

Edward D. Re¹⁰⁰ explica que “a doutrina do *stare decisis* não exige obediência cega a decisões passadas. Ela permite que os tribunais se beneficiem da sabedoria do passado, mas rejeitem o que seja desarrazoado ou errôneo”. A vinculação dos precedentes, portanto, não é imutável ou definitiva, eis que, além de garantir estabilidade e segurança jurídica ao sistema, ela permite o desenvolvimento e o não engessamento do direito jurisprudencial por intermédio do *distinguishing*, por exemplo.¹⁰¹

“É a partir das distinções, das ampliações e das reduções que os precedentes são dinamicamente refinados pelo Judiciário, (...) à luz de novas situações e contextos, a fim de se delimitar a abrangência da norma extraída do precedente”.¹⁰² Destarte, constata-se que o processo de evolução do direito jurisprudencial se dá, principalmente, por meio da técnica da distinção.

Diz-se, então, que, por meio desta, ocorre uma flexibilização na aplicação do precedente. Não há vinculação prévia, ela só se configura na hipótese de identidade fática no momento do julgamento, ou seja, sem que haja distinções em pontos essenciais de ambos os casos. Assim, o emprego da técnica da distinção torna o sistema de precedentes adaptável e capaz de permitir o desenvolvimento do direito, além de contribuir para a sua estabilidade.¹⁰³

Dessa forma, quando os fatos de determinado caso forem considerados materialmente diferentes dos fatos do precedente em cotejo, o órgão julgador não estará vinculado àquele precedente. Depreende-se, então, que, através da técnica da distinção, consegue-se flexibilizar o *case law* e oxigenar o sistema de precedentes. No entanto, a sua aplicação de forma arbitrária pelos juízes pode conduzir o sistema ao caos.¹⁰⁴

⁹⁹ NUNES e HORTA, 2015, p. 15.

¹⁰⁰ RE, 1994, p. 285.

¹⁰¹ MIRANDA DE OLIVEIRA, 2014, p. 316.

¹⁰² NUNES e HORTA, op. cit., p. 9-10.

¹⁰³ MIRANDA DE OLIVEIRA, op. cit., p. 319.

¹⁰⁴ VIEIRA, 2007, p. 127.

Estas rupturas com os precedentes devem ser necessariamente fundamentadas e em harmonia com a concepção de integridade do Direito, pois, consoante a obra de Dworking:

o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas.¹⁰⁵

Para aplicar um precedente é indispensável delimitar a sua *ratio decidendi*. Deve-se comparar as circunstâncias fáticas do caso que a originou com as do caso sob julgamento, isto é, consideram-se os fatos que foram tratados como relevantes ao encontro da decisão pelo raciocínio judicial para, assim, verificar a pertinência de aplicar o precedente.¹⁰⁶

Dessa forma, ao constatar a distinção material entre os casos, ou seja, a falta de identidade fática entre o precedente e o caso sob julgamento, deve o magistrado fundamentar a sua decisão para aplicar a técnica do *distinguishing*, abordando, obrigatoriamente, os pontos essenciais de divergência entre os casos. “A faculdade de realizar o *distinguishing* não se confunde com a permissão para o juiz ignorar precedentes que não lhe agradam.”¹⁰⁷

Assim, deve o julgador apresentar padrões de distinção entre as razões de fato ou de direito entre o caso concreto e o precedente em exame. “Quanto maior for sua autoridade, maior será o ônus argumentativo, cujo grau de desincumbência é inversamente proporcional ao nível de reprovação que recai sobre a decisão (e também sobre o juiz)”.¹⁰⁸

Diferenças fáticas entre casos, portanto, nem sempre são suficientes para se concluir pela inaplicabilidade do precedente. Fatos não fundamentais ou irrelevantes não tornam casos desiguais. Para realizar o *distinguishing*, não basta o juiz apontar fatos diferentes. Cabe-lhe argumentar para demonstrar que a distinção é material, e que, portanto, há justificativa para não se aplicar o precedente. Ou seja, não é qualquer distinção que justifica o *distinguishing*. A distinção fática deve revelar uma justificativa convincente, capaz de permitir o isolamento do caso sob o julgamento em face do precedente.¹⁰⁹

¹⁰⁵ DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. 2ª ed., Martins Fontes: São Paulo, 2007, p. 291.

¹⁰⁶ MARINONI, 2016, p. 230.

¹⁰⁷ MIRANDA DE OLIVEIRA, 2014, p. 318.

¹⁰⁸ NUNES e HORTA, 2015, p. 14.

¹⁰⁹ MARINONI, op. cit., p. 231.

Ou seja, o primeiro passo ao magistrado é o que Neil Duxbury denomina *distinguishing within a case* (distinguindo no caso precedente), nesse primeiro passo são separados, no precedente, os argumentos materialmente relevantes para que a norma seja definida; a segunda etapa, por sua vez, consiste no *distinguishing between cases* (distinguindo entre casos), em que, embora se perceba que isso ocorre em todos os casos em maior ou menor grau, consiste em valorar as distinções para que se defina se é relevante a distinção a ponto de que não seja aplicada a *ratio decidendi*.¹¹⁰

O precedente, portanto, deve ser aplicado até seus limites, regulando, nesse sentido, os casos por ele abrangidos. Essa força vinculativa do precedente é que, ao mesmo tempo em que vincula casos futuros, justifica a utilização do *distinguishing* para casos com circunstâncias diferentes. Possuindo sempre como objetivo a unidade e a coerência do sistema.¹¹¹

Neste sentido:

É interessante perceber que o sistema de precedentes, quando visto a partir da técnica da distinção, sem perder a sua função de preservação da estabilidade, torna-se maleável e capaz de permitir o desenvolvimento do direito, dando conta das novas realidades e das situações que, embora antigas, não foram anteriormente tratadas, sem que, com isso, seja preciso o rompimento do sistema ou a revogação do precedente que ainda é necessário e suficiente para tratar de situações que contemplou desde a sua origem. Portanto, realizar distinção para aplicar ou deixar de aplicar um precedente é algo que milita, a um só tempo, para a estabilidade e para o desenvolvimento do direito.¹¹²

Ademais, explicam Nunes e Horta que uma distinção normativa trata-se de uma exceção direta enquanto uma distinção fática, exceção indireta. Apesar de em ambas as distinções o resultado ser o afastamento do precedente, o raciocínio utilizado na demonstração das diferenças é distinto.¹¹³

No primeiro caso (exceção direta), exclui-se do âmbito de aplicação da norma jurisprudencial determinado universo de casos que antes por ela estava abrangida, em razão de circunstâncias especiais; essa operação é conhecida, na lógica, como **redução teleológica**. No segundo caso (exceção indireta), chega-se à conclusão de que a norma jurisprudencial resta inalterada, mas a situação em exame não constitui hipótese de incidência da referida norma, de modo que suas consequências não podem

¹¹⁰ NUNES e HORTA, 2015, p. 15-17.

¹¹¹ MARINONI, 2016, p. 234.

¹¹² Ibid., p. 234-235.

¹¹³ NUNES e HORTA, op. cit., p. 17-18.

ser aplicadas (exatamente porque os fatos que nela não estão compreendidos); trata-se de uma forma de raciocínio que, por sua vez, é denominada de **argumento a contrario**.¹¹⁴

Quando o magistrado aplica o *distinguishing* e afasta a aplicação de um precedente, não está a questionar a sua validade, legitimidade ou a hierarquia do tribunal que o instituiu, ele apenas afirma que não convém a sua aplicação a determinado caso.¹¹⁵

Conforme preleciona Marinoni¹¹⁶, “a não adoção do precedente, em virtude do *distinguishing*, não quer dizer que o precedente está equivocado ou deve ser revogado. Não significa que o precedente constitui *bad law*, mas somente *inapplicable law*”.

Fala-se, então, que o precedente mantém a sua higidez e a sua eficácia no ordenamento jurídico. A técnica da distinção não afeta a autoridade do precedente, isto é, não significa uma superação ou revogação do precedente invocado.¹¹⁷

Todavia, pode-se afirmar que o precedente perde a sua autoridade e credibilidade quando se torna *very distinguished*, isto é, o seu conteúdo não está sendo bem aceito pela comunidade jurídica ou pelos tribunais quando a sua não aplicação se torna frequente. Consequentemente, esse enfraquecimento, em razão do excesso de distinções, pode significar que o precedente deve ser superado através do *overruling*.¹¹⁸

1.4.2 Overruling

Este instituto, típico do *common law*, consiste em um método de superação do precedente, ou seja, invalida a norma jurídica extraída da *ratio decidendi* de um caso pretérito. “O *overruling*, portanto, é a superação do precedente judicial quando se constatar que: (a) a *ratio decidendi* proclamada não fora correta, ou que, (b) por mudanças da sociedade, aquele entendimento deixou de ser correto.”¹¹⁹

Isto posto, infere-se que este método de superação tem a função de evitar injustiças por meio da correção de erros cometidos em julgamentos pretéritos, além

¹¹⁴ NUNES e HORTA, 2015, p. 18.

¹¹⁵ Ibid., p. 14.

¹¹⁶ MARINONI, 2016, p. 231.

¹¹⁷ MIRANDA DE OLIVEIRA, 2014, p. 318.

¹¹⁸ MARINONI, loc. cit.

¹¹⁹ MIRANDA DE OLIVEIRA, op. cit., p. 320.

de promover a flexibilização do sistema do *binding precedent*, de modo que o desenvolvimento do direito acompanhe a evolução da sociedade e não o engesse em entendimentos ultrapassados.

Neste sentido:

Afirma Melvin Eisenberg que um precedente está em condições de ser revogado quando deixa de corresponder aos padrões de congruência social e consistência sistêmica e, ao mesmo tempo, os valores que sustentam a estabilidade – basicamente os da isonomia, da confiança justificada e da vedação da surpresa injusta – não justificam a sua preservação.¹²⁰

A possibilidade de superar um precedente não permite que os juízes a façam sob qualquer circunstância. Deve-se, necessariamente, motivar a decisão para não segui-lo, abrindo a oportunidade para a construção de nova proposição jurídica para idêntico contexto. “As razões que justificam o *overruling* devem ser ainda mais fortes do que as que seriam suficientes para o *distinguishing*”.¹²¹ Isso porque o método de superação representa a revogação total da *ratio decidendi* de um precedente, isto é, afasta definitivamente a aplicação de sua parte vinculante a casos futuros.

Dos ensinamentos de Marinoni, extrai-se que “um precedente deixa de corresponder aos padrões de congruência social quando passa a negar proposições morais, políticas e de experiência”. Ele perde a sua consistência sistêmica na hipótese de se tornar incoerente ao ser comparado com outras decisões. “Isso ocorre quando a Corte decide mediante distinções inconsistentes, chegando a resultados compatíveis com o do precedente, mas fundados em proposições sociais incongruentes”.¹²²

Miranda de Oliveira¹²³ preleciona que um precedente perde a sua congruência social quando “desponta errado, injusto, obsoleto, aviltando o sentimento de justiça do cidadão comum”; e ele perde a sua consistência sistêmica “quando os fundamentos do precedente a ser superado passam a ser incompatíveis com os fundamentos afirmados em outros precedentes do mesmo tribunal ou dos Tribunais Superiores”.

¹²⁰ MARINONI, 2016, p. 251.

¹²¹ MIRANDA DE OLIVEIRA, 2014, p. 320.

¹²² MARINONI, op. cit., p. 252.

¹²³ MIRANDA DE OLIVEIRA, op. cit., p. 321.

A inexistência de congruência social e a falta de consistência sistêmica são comumente apontadas pela doutrina. Dessa forma, a classe de advogados fica devidamente informada acerca da fragilidade de determinado precedente, fato que afasta as alegações de confiança justificada e de vedação de surpresa injusta, contrapondo, assim, os fundamentos para preservação do precedente.¹²⁴

“Os precedentes controversos são socialmente incongruentes e, por isso, tornam-se sistematicamente inconsistentes, seja em razão da sua inconsistência com as exceções, seja em virtude da sua inconsistência com outros precedentes”.¹²⁵ Dessa forma, as inconsistências sistêmicas tendem a gerar julgamentos contraditórios para situações semelhantes. Elas acabam por deturpar o precedente, afetando a confiança que os jurisdicionados depositam no Judiciário, a segurança jurídica e o princípio da igualdade.

O *overruling* não constitui uma surpresa injusta e tampouco gerará insegurança jurídica quando a doutrina e os tribunais apontam a perda de congruência social e de consistência sistêmica do precedente. “As várias distinções inconsistentes, assim como a inconsistência do precedente diante de outros precedentes, demonstravam que o precedente estava à beira de ser revogado”.¹²⁶

Teme-se que a revogação de precedente possa gerar insegurança ou perda de confiança em outros precedentes. No entanto, quando os precedentes são revogados com base em critérios que também são reafirmados e respeitados, torna-se possível vislumbrar quando um precedente está em vias de ser revogado. E isso ocorre exatamente quando o precedente deixa de ter sustentáculo nas proposições sociais e se torna inconsistente e, além disso, não há justificativa para a sua preservação em face de fundamentos da estabilidade. Um precedente controverso costuma ser retratado nos trabalhos doutrinários e as distinções inconsistentes evidenciam a sua fragilidade. Tanto a crítica doutrinária, quanto a judicial, são critérios de identificação dos precedentes que devem ser revogados, de modo que o *overruling*, nessas condições, certamente não elimina a confiança nos precedentes judiciais.¹²⁷

Destarte, quando um precedente perde a sua força perante o ordenamento, sofrendo reiteradas críticas pela doutrina e distinções inconsistentes pelos tribunais, não servindo de base para a prática de atos cotidianos dos jurisdicionados, possuindo mais razões que justifiquem a sua revogação do que a sua manutenção,

¹²⁴ MARINONI, 2016, p. 252.

¹²⁵ Ibid., p. 253.

¹²⁶ Ibid., p. 257.

¹²⁷ Ibid., p. 258.

deve ser adotado o método do *overruling* para promover a correção, a adequação, a coerência e a própria segurança jurídica do sistema.

A modulação dos efeitos da revogação do precedente é um mecanismo para conferir maior estabilidade ao sistema. "Em regra, a eficácia temporal do precedente é retroativa. (...) Isso não significa que a revogação prospectiva se torne algo completamente excepcional, mas tão somente exige uma fundamentação justificada para tanto".¹²⁸

Portanto, em geral, a revogação de um precedente no *common law* se dá por meio do *retrospective overruling*. Não obstante, a superação pode ocorrer mediante o *propective overruling*, isto é, ela tem seus efeitos postergados e passa a valer a partir da data que a corte definir.¹²⁹

Assevera-se que, via de regra, a superação dos precedentes na Inglaterra possui eficácia *ex tunc*. Já nos Estados Unidos, utiliza-se amplamente o método do *prospective overruling*, que confere eficácia *ex nunc* à decisão, de modo que apenas os casos vindouros serão afetados. À vista disso, a revogação prospectiva do precedente confere maior flexibilidade ao sistema norte-americano, visto que este método não será tão evitado pelas cortes de justiça.¹³⁰

Didier Jr., Braga e Oliveira apontam que existe diversas modalidades de eficácia temporal na revogação de precedentes. Neste viés:

a) aplicação retroativa pura, em que o novo entendimento abrange os fatos passados, inclusive aqueles relativos a decisões transitadas em julgado, com a possibilidade de ação rescisória; b) aplicação retroativa clássica, em que o tribunal iria aplicar a sentença aos fatos ocorridos antes da formação do novo precedente, exceto aos que já transitaram em julgado; c) aplicação prospectiva pura, quando o novo precedente aplica-se apenas aos fatos posteriores, sequer sendo aplicado às partes litigantes; d) aplicação prospectiva clássica, aplicando-se apenas aos fatos novos, com a exceção das partes no caso concreto, abrangidos pelo novo precedente e e) aplicação prospectiva a termo, em que o tribunal fixa uma data ou condição para eficácia do precedente.¹³¹

Destarte, o julgador deverá fundamentar a opção de modulação dos efeitos no momento da decisão de revogação do precedente, visto que não existe uma fórmula para a utilização destes. Por fim, existem técnicas ou métodos que

¹²⁸ DIDIER JR., BRAGA e OLIVEIRA, 2015, p. 499.

¹²⁹ MIRANDA DE OLIVEIRA, 2014, p. 321-322.

¹³⁰ VIEIRA, 2007, p. 128.

¹³¹ DIDIER JR., BRAGA e OLIVEIRA, op. cit., p. 504.

preparam a revogação, indicando a fragilidade do precedente, evitando a surpresa injusta.

Por fim, é importante ressaltar que a possibilidade de *overruling* pelas cortes não significa uma anulação do sistema de precedentes. Conforme Neil McCormick, a técnica remove os piores efeitos da regra do *stare decisis*, uma vez que regras inconvenientes ou injustas serão passíveis de reconsideração. É o velho sistema, com o que tinha de pior, removido.

O *overruling* representa, pois, um importante instrumento para promover a harmonia do sistema, a sua flexibilidade e evolução, além de efetivar a segurança jurídica, pois garante a possibilidade de correção pelos tribunais do entendimento equivocado e o seu aperfeiçoamento, conferindo-lhe estabilidade, uniformidade, coerência e certeza, valores essenciais para o desenvolvimento do direito em qualquer sistema.

1.4.3 Técnicas de sinalização (*technique of signaling*)

Situada entre o *distinguishing* e o *overruling*, a técnica de sinalização garante a segurança jurídica ao sinalizar a futura supressão do precedente pelo tribunal, em vez de revoga-lo prontamente. Assim, o precedente é mantido, ainda que sua falta de consistência seja conhecida.

Quando, após ocorrida a sinalização, há uma unanimidade no entendimento da doutrina e dos tribunais acerca da futura revogação de um precedente, este, apesar de ainda existir, tem sua força e confiabilidade abaladas. Por isso a sinalização é tão importante; nas palavras de Melvin Eisenberg¹³² “a maior justificativa para a revogação com efeitos prospectivos é a proteção da confiança”, assegurando, dessarte, o respeito ao passado, bem como à perspectiva de que as reiteradas decisões proferidas pela Corte já são intrínsecas aos cidadãos.¹³³

Nessa senda, percebe-se que após a sinalização de determinado precedente, portanto, prestes a ser revogado, sua supressão possa afetar a estabilidade das relações jurídicas consolidadas por um antigo posicionamento. Assim, tem o tribunal

¹³² EISENBERG, Melvin Eisenberg. *The Nature of the Common Law*. Cambridge, Harvard University Press, 1998, p. 131. In: MARINONI, 2016, p. 239.

¹³³ DIDIER JR., BRAGA e OLIVEIRA, 2015, p. 501.

a prerrogativa de adotar para uma situação fática o precedente sinalizado, devendo advertir que o *overruling* ocorrerá em breve.¹³⁴

Outra vantagem do emprego da sinalização é que o seu impacto na sociedade permite a modulação dos efeitos do *overruling*, seja os retroativos seja os prospectivos. Como explicado por Marinoni:

Se, considerada área em que o precedente incide, o impacto da sinalização foi retardado ou esmorecido ou não atingiu determinada faixa de negócios, os efeitos do *overruling* podem ser modulados de forma a não abarcar, de maneira absoluta, todas as situações posteriores à decisão em que se fez a sinalização.¹³⁵

Em que pese sua existência, a utilização da técnica de modulação é um tanto quanto aleatória. Isso se deve a falta de decisões fundamentadas acerca da incidência da modulação na revogação de precedentes, gerando um cenário de incerteza aos jurisdicionados.¹³⁶

1.4.4 *Transformation*

Como o próprio nome diz, trata-se de uma transformação no precedente sem, no entanto, revogá-lo. Por meio desta técnica, admite-se que houve um deslize na formação da *ratio decidendi* de uma decisão anteriormente proferida, enquanto o *overruling* garante que o julgamento foi errôneo.

A vantagem da *transformation* está no fato de preservar a segurança jurídica ao não desestabilizar os precedentes, uma vez que apenas nega seu conteúdo. Apesar disto, a transformação se mostra um tanto quanto obscura, dificultando o entendimento dos tribunais inferiores sobre a decisão em que foi feita, podendo ou não ser levada em consideração, sendo assim ignorada na maioria das vezes.

Vale ressaltar que sua durabilidade se sustenta na necessidade da Corte se debruçar sobre determinado tema jurídico. Se a nova norma já esta apta a ser aplicada, revoga-se o precedente em que se aplicou a *transformation* por meio do *overruling*.¹³⁷

¹³⁴ DIDIER JR., BRAGA e OLIVEIRA, 2015, p. 503.

¹³⁵ MARINONI, 2016, p. 241.

¹³⁶ DIDIER JR., BRAGA e OLIVEIRA, loc. cit.

¹³⁷ MARINONI, op. cit., p. 244-245.

1.4.5 *Overriding*

O *overriding* ocorre quando, devido à edição de uma nova norma ou preceito legal, a Corte restringe a incidência do precedente. Não se trata aqui de revogação, mas apenas de uma distinção para aduzir se “o litígio anterior, caso fosse visto na perspectiva da nova situação e do novo entendimento, teria tido outra solução.”¹³⁸

Dessarte, à semelhança do *overruling*, o resultado do *overriding* é inconciliável com o precedente. No *overruling*, em contrapartida, modifica-se a *ratio decidendi* em si, não a restringindo simplesmente.

Apesar de possuir características semelhantes ao *overruling*, o *overriding* tem uma maior aproximação do *distinguishing* por não revogar – mesmo que parcialmente – o precedente, posto que este continua válido. Neste sentido, alias, é o entendimento de Didier: no *distinguishing* os fatos materialmente relevantes do novo caso concreto que afastam o precedente, por não terem sido considerados quando da sua formação, enquanto que no *overriding* o afastamento é decorrente de um novo entendimento.¹³⁹

1.4.6 Elaboração de distinções inconsistentes (*inconsistent distinguishing*)

Essa técnica costuma ser utilizada como um passo provisório para a revogação, quando o tribunal não está convicto acerca da revogação do precedente. Levando isso em consideração, as distinções inconsistentes são realizadas em dois casos: quando há fatos relevantes não abarcados pelo precedente ou quando não há situação fática apta a preencher todas as hipóteses de incidência do precedente. Em outros termos, diz-se, de maneira injustificada, que há distinção.¹⁴⁰

Os doutrinadores que defendem a distinção inconsistente atestam que esta técnica tutela a confiança justificada, porquanto não revoga a *ratio decidendi*, ao mesmo tempo que sinaliza o desgaste de um precedente que, portanto, corre grande risco de ser revogado.

¹³⁸ MARINONI, 2016, p. 246.

¹³⁹ DIDIER JR., BRAGA e OLIVEIRA, 2015, p. 507.

¹⁴⁰ PEIXOTO, Ravi. *O sistema de precedentes desenvolvido pelo CPC/2015 – uma análise sobre a adaptabilidade da distinção (distinguishing) e da distinção inconsistente (inconsistent distinguishing)*. São Paulo, Revista de Processo, vol. 248, ano 40, out. 2015, p. 348.

O entendimento que prevalece, em contrapartida, é de que se trata de uma técnica um tanto quanto confusa, que acaba por gerar insegurança nos jurisdicionados e nos tribunais. Porquanto, é pertinente que este método seja substituído pelo *overruling*, pela sinalização ou, até mesmo, pelo *anticipatory overruling*.

Assim, constata-se que as supostas vantagens trazidas pelas distinções inconsistentes são facilmente encontradas em outras técnicas mais coerentes e inteligíveis.

1.4.7 *Anticipatory overruling*

Ocorre o *anticipatory overruling* quando os tribunais inferiores antecipam a presumida revogação do precedente pela Suprema Corte. Essa técnica deve ser utilizada na hipótese de se vislumbrar que o precedente está em vias de ser revogado e que a atual inclinação do tribunal superior é incompatível com tal precedente, o qual não mais deve ser aplicado por já estar desgastado.¹⁴¹

Nessa senda, para fundamentar o *anticipatory overruling*, as Cortes de Apelação devem analisar, em suma, três aspectos:

- i) o desgaste do precedente pelas próprias decisões da Suprema Corte; ii) uma tendência da Suprema Corte que permita concluir que o precedente será revogado; iii) ter a Suprema Corte demonstrado que está a espera de um caso apropriado para realizar o *overruling*.¹⁴²

Pode parecer contraditório, mas os tribunais inferiores devem antecipar o *overruling* por terem a incumbência de decidir consoante a Suprema Corte. Explico: quando a Corte de Apelação perceber uma nova tendência nas decisões dos tribunais superiores, é seu encargo segui-la. Assim, o *anticipatory overruling* existe para fazer valer o entendimento sinalizado pela Suprema Corte.

Diante do exposto, nota-se que as Cortes inferiores não revogam o precedente, apenas deixam de aplicá-lo para não contrariar os entendimentos da Suprema Corte, a fim de não cometerem injustiças – ou deixarem de aplicar a justiça. Por outro lado, é possível justificar que, “enquanto a Suprema Corte não

¹⁴¹ DIDIER JR., BRAGA e OLIVEIRA, 2015, p. 506.

¹⁴² MARINONI, 2016, p. 260.

revogar o precedente, a sua não aplicação por uma Corte de Apelação pode constituir violação da confiança justificada.”¹⁴³

Nesse sentido, se, em respeito à confiança justificada, a revogação do precedente é adiada, a Corte de Apelação apenas poderá realizar o *anticipatory overruling* quando, no caso em análise, não houver qualquer prenúncio que a confiança foi violada e que aquele precedente, se aplicado, trará grande prejuízo à parte.

Ademais, há entendimento que afirma que a antecipação do *overruling* traria uma desestabilização ao direito, por significar o salto de uma etapa. Em termos práticos, o que se vislumbra, na verdade, como aduz Margaret Kniffin, é que “há grande possibilidade de elevação do respeito público pelo sistema judiciário quando uma Corte de Apelação demonstra estar determinada a trazer, sem demora, o resultado a ser alcançado pela Suprema Corte”.¹⁴⁴

¹⁴³ MARINONI, 2016, p. 265.

¹⁴⁴ KNIFFIN, Margaret N. *Overruling Supreme Court precedents: anticipatory action by United States courts of appeals*. Fordham Law Review, 1982, p. 77. In: MARINONI, 2016, p. 267.

2. O SISTEMA DE PRECEDENTES VINCULANTES NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

2.1. DA ORIGEM DO *CIVIL LAW* À CRISE DO JUDICIÁRIO E A INSEGURANÇA DO JURISDICONADO

Inicialmente, é imperioso fazer uma brevíssima introdução acerca da formação do direito no sistema do *civil law* antes de adentrar no estudo dos precedentes no direito brasileiro.

“A função do direito é, em primeiro lugar, a de gerar estabilidade, proporcionando tranquilidade no jurisdicionado, na medida em que esse possa moldar sua conduta contando com certa dose de previsibilidade”.¹⁴⁵ Ademais, deve o direito evoluir para se adaptar ao desenvolvimento da sociedade a que serve. “Tanto nos sistemas de *civil law*, quanto nos de *common law*, o direito nasceu e existe com o objetivo predominante de criar estabilidade e previsibilidade”.¹⁴⁶

Durante os séculos V e VI os costumes germânicos prevaleceram na Europa Continental. Nesta época, o direito romano estava preterido e veio a ressurgir apenas no século XI, quando passou a ser objeto de estudo no norte da Itália, principalmente na Universidade de Bologna. “A jurisprudência, como ramo do conhecimento que estuda o direito, considera-se ter nascido exatamente neste momento”.¹⁴⁷

Os juristas deram à coletânea de escritos romanos uma forma sistemática e o direito passou a ser amplamente estudado no âmbito acadêmico, onde jurisconsultos analisavam, no *Corpus Iuris Civilis*, as técnicas jurídicas aplicadas. “Entende-se, portanto, a importância que tem a doutrina para os sistemas de *civil law*”.¹⁴⁸

Posteriormente, diz-se que da Revolução Francesa surgiu a base do estilo de raciocínio jurídico dos sistemas de *civil law*. A teoria de desconcentração do poder de Montesquieu, combinada com a visão de Rousseau, no sentido de que a lei

¹⁴⁵ ARRUDA ALVIM WAMBIER, 2009, p. 122.

¹⁴⁶ ARRUDA ALVIM WAMBIER, loc. cit.

¹⁴⁷ Ibid., p. 124.

¹⁴⁸ Ibid., p. 125.

escrita deveria ser a expressão da vontade da nação francesa, influenciaram os revolucionários a instituir um novo direito e a destituir o monarca do poder.¹⁴⁹

De modo diverso ao que ocorreu na Revolução Inglesa de 1688, a qual não teve o propósito de romper com o passado, a luta contra o absolutismo real promovida pela Revolução Francesa teve o intuito de superar o *ancien régime* e instituir uma nova ordem jurídica baseada na legalidade e na supremacia do Poder Legislativo. Assim, “tornou-se imprescindível limitar a atividade do Judiciário, subordinando-o de forma rígida ao Parlamento, cujos habitantes deveriam representar os anseios do povo”.¹⁵⁰

De acordo com Montesquieu, o “poder de julgar” deveria ser exercido através de uma atividade puramente intelectual, cognitiva, não produtiva de “direitos novos”. Essa atividade não seria limitada apenas pela legislação, mas também pela atividade executiva, que teria o poder de executar as decisões que constituem o “poder de julgar”. Nesse sentido, o poder dos juízes ficaria limitado a afirmar o que já havia sido dito pelo Legislativo, devendo o julgamento ser apenas “um texto exato da lei”.¹⁵¹

A supremacia da lei era imprescindível para que a revolução atingisse o seus objetivos de instituir um novo direito e abolir o antigo regime, que, em detrimento dos demais segmentos sociais, dava privilégios excessivos à nobreza e ao clero. Outrossim, não havia imparcialidade nos julgamentos, os juízes se negavam a aplicar a legislação que era contrária aos interesses das elites e interpretavam a norma jurídica no intuito de manter o *status quo*.¹⁵²

À vista disso, foi concebida a ideia de que a vontade do povo legitimava e justificava o poder central, posto que ela estava refletida na lei e, assim, deveriam os juízes e o soberano respeitar e se submeter ao texto legal.¹⁵³

O fato de a Revolução Francesa ter negado o Judiciário, colocando-o em polo oposto ao Legislativo, e ter transferido o poder do monarca ao Parlamento se deu porque “o direito contaria com um grave e insuportável obstáculo caso fosse entregue nas mãos dos magistrados. Ou melhor, havia bom motivo para não dar aos juízes o poder de interpretar as normas traçadas pelos representantes do povo”.¹⁵⁴

¹⁴⁹ ARRUDA ALVIM WAMBIER, 2009, p. 126.

¹⁵⁰ MARINONI, 2016, p. 44.

¹⁵¹ MARINONI, loc. cit.

¹⁵² MARINONI, loc. cit.

¹⁵³ ARRUDA ALVIM WAMBIER, loc. cit.

¹⁵⁴ MARINONI, op. cit., p. 48.

Dessa forma, os juízes estavam subordinados à lei positivada e julgariam os litígios em consonância com a literalidade da norma jurídica, cumprindo o requisito de fundamentar as suas decisões. Eles eram considerados, portanto, meros aplicadores da legislação, agiam de forma inanimada como se fossem apenas a “boca da lei” (*judge bouche de la loi*). Assim, “uma forte conexão foi estabelecida entre a lei escrita e a igualdade, pois, passou a ser entendido que quando a lei impera, a igualdade é garantida. Ao contrário, quando o que impera é a vontade do homem, a arbitrariedade é favorecida”.¹⁵⁵

Quando houvesse dúvida acerca da aplicação da legislação, os magistrados tinham a faculdade de pedir esclarecimentos ao Parlamento a respeito do sentido da norma jurídica, o que se chamou de *référé législatif*. Ademais, foi estabelecida uma Corte de Cassação (*Cour de Cassation*) no intuito de cassar a incorreta interpretação da lei pelos juízes.¹⁵⁶

A Cassação, com o passar do tempo, se transformaria em verdadeiro Tribunal, com funções jurisdicionais. Mas, na sua origem, a Cassação teve o propósito de tutela do princípio da separação dos poderes ou, mais precisamente, de tutela da lei em face do Judiciário. Teve por fim controlar os poderes do Estado, isto é, exercer uma função de “nomofilaquia”, que até hoje costuma ser atribuída às Cortes Supremas sem qualquer compreensão teórica historicamente situada.¹⁵⁷

Todavia, a evolução da sociedade impôs que o *civil law* passasse por um processo de transformação das concepções de direito e de jurisdição. O constitucionalismo fez com que a lei encontrasse limites nos princípios constitucionais; agora ela deve estar em conformidade com os direitos fundamentais. “Ora, o direito não está mais na lei, mas na Constituição, a jurisdição não mais se destina a declarar a vontade da lei, mas a conformar a lei aos direitos contidos na Constituição”.¹⁵⁸

Assim, o ideal positivista de aplicação mecânica da lei pelo magistrado não podia imperar em uma sociedade desenvolvida, em que as interações sociais e as relações econômicas se tornavam cada vez mais complexas. O texto da lei se tornara insuficiente para solver todos os litígios trazidos à apreciação do Judiciário. Portanto, tal rigidez imposta pelo sistema deve ser abandonada, porquanto “as

¹⁵⁵ ARRUDA ALVIM WAMBIER, 2009, p. 127.

¹⁵⁶ MARINONI, 2016, p. 49.

¹⁵⁷ Ibid., p. 50.

¹⁵⁸ Ibid., p. 56.

decisões não mais podem ser vistas como resultado da aplicação automática da lei e o pensamento jurídico tradicional, de natureza lógico-dedutiva, vêm se mostrando impotente para resolver parte expressiva dos conflitos”.¹⁵⁹

Houve, assim, uma mudança de paradigma acerca da compreensão do princípio da legalidade. Atualmente, este não é mais caracterizado como sendo a necessidade de observância à letra da lei. O seu caráter vinculante se dá a partir da interpretação do texto legal pela doutrina e pela jurisprudência dominante. Diz-se, então, que a jurisprudência dominante é fonte do direito e, ao mesmo tempo, é o próprio direito.¹⁶⁰

Um dos fundamentos do Estado de Direito é a segurança jurídica, que consiste no conjunto de condições que torna possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos, à luz da liberdade reconhecida.

[...] Trata-se da previsibilidade necessária que tem o jurisdicionado de saber que ao Poder Judiciário compete decidir as lides e declarar quem tem razão, sempre atuando de acordo com a autoridade e a vontade da lei. [...] A segurança, portanto, não decorre propriamente da lei, mas principalmente das decisões proferidas pelos tribunais.¹⁶¹

A atividade criativa do juiz do *civil law* surge quando este raciocina a partir de princípios constitucionais ou profere a sua decisão com base em conceitos vagos e em cláusulas gerais. O magistrado dá um sentido ao texto legal, preenchendo um conceito aberto, no intuito de preencher as lacunas existentes na legislação e de solucionar um caso concreto. A primeira vista, parece que esta criatividade dos juízes possa gerar um efeito surpresa, minando a previsibilidade das decisões e a segurança jurídica. Todavia, este efeito surpresa é atenuado e efetivamente desaparece quando os tribunais passam a julgar da mesma forma os casos iguais.¹⁶²

A promulgação da Constituição Federal de 1988 fez com que o espírito de cidadania brotasse em cada brasileiro. Os diversos textos legais positivados sob a sua égide, em conjunto com o aprimoramento de mecanismos processuais adequados a recorrer aos tribunais com mais efetividade e a promoção do acesso à

¹⁵⁹ ARRUDA ALVIM WAMBIER, 2009, p. 128.

¹⁶⁰ Ibid., p. 137.

¹⁶¹ MIRANDA DE OLIVEIRA, 2014, p. 307-308.

¹⁶² ARRUDA ALVIM WAMBIER, op. cit., p. 141.

justiça propiciaram, aos jurisdicionados, meios para a efetiva busca pelas garantias fundamentais que lhes foram asseguradas na Carta Magna.¹⁶³

Tucci¹⁶⁴, baseado na visão de Boaventura Sousa Santos, assevera que “a redemocratização e o novo marco constitucional, no Brasil, geraram maior credibilidade à utilização da vertente judicial como alternativa válida para a conquista de direitos”.

Outrossim, a escassez de políticas públicas e sociais eficazes para endossar essas garantias fundamentais, somadas com a ineficiência da administração na prestação de serviços públicos e da má qualidade dos serviços privados, propiciam maior judicialização dos conflitos e, por conseguinte, acabam por gerar um acréscimo no número de demandas perante o Poder Judiciário. Na visão de Tucci, portanto, “o Poder Judiciário está se tornando um verdadeiro Serviço de Atendimento ao Consumidor (SAC)”.¹⁶⁵

Destarte, a constitucionalização dos direitos e das garantias fundamentais em nossa Carta Magna, somada às circunstâncias citadas alhures, desencadeou um aumento significativo da litigância, abarrotando as Varas e os Tribunais com diversas demandas judiciais. Portanto, para que a prestação jurisdicional se torne efetiva e adequada, é necessário que as Cortes Superiores consolidem os seus entendimentos acerca das questões jurídicas trazidas à sua apreciação e deem um sentido único ao texto legal, a fim de que haja a uniformização da jurisprudência.

Portanto, para que a distribuição da justiça ocorra de forma equitativa e a segurança jurídica seja preservada, é imperioso que as jurisdições *a quo* e até mesmo as próprias Cortes Superiores observem a jurisprudência dominante e apliquem os precedentes firmados. Caso contrário, um clima de integral instabilidade e de ausência absoluta de previsibilidade se instaura no sistema.

Em que pese haja na estrutura Judiciária brasileira Tribunais Superiores com função nomofilática, isto é, de zelar pela interpretação e aplicação do direito de forma uniforme, a fim de que a jurisprudência consolidada garanta a certeza e a previsibilidade do direito, não se tem auferido a sua uniformização. A respeito da atividade jurisdicional nos Tribunais brasileiros, Nunes e Bahia expõe que:

¹⁶³ TUCCI, José Rogério Cruz e. *O regime do precedente judicial no novo CPC*. Revista do Advogado, São Paulo, v. 35, n. 126, maio 2015, p. 144.

¹⁶⁴ TUCCI, loc. cit.

¹⁶⁵ TUCCI, loc. cit.

Ao se acompanhar o modo como os Tribunais brasileiros (inclusive o STF) trabalham e proferem seus acórdãos percebemos que se compreende parcamente as bases de construção e aplicação destes padrões decisórios (precedentes), criando um quadro nebuloso de utilização da jurisprudência. Flutuações constantes de entendimento, criação subjetiva e individual de novas "perspectivas", quebra de integridade (Dworkin) do direito, são apenas alguns dos "vícios".¹⁶⁶

Não é saudável que haja discordância de entendimento acerca de uma questão jurídica entre os Tribunais ou entre as Turmas de um mesmo Tribunal. Também não se mostra conveniente que mudem o seu entendimento de forma arbitrária ou inesperada. Há a necessidade de se uniformizar as decisões, a fim de que se torne possível a consolidação da jurisprudência, principalmente na hipótese de aplicação de cláusulas gerais ou de normas abertas, posto que são mais flexíveis e menos seguras, tendo a potencialidade de gerar julgados extremamente diferentes, para casos substancialmente idênticos.¹⁶⁷

Está enraizada no sistema jurídico brasileiro a cultura de desrespeito aos precedentes ao argumento de que esta vinculação obrigatória interferiria na liberdade de julgar dos magistrados. “Embora as decisões no sistema do *civil law* variem constantemente de sinal, trocando de sentido ao sabor do vento, isso deve ser visto como uma patologia ou como um equívoco que, lamentavelmente, arraigou-se em nossa cultura jurídica”.¹⁶⁸

A liberdade de julgamento é conferida à totalidade do Judiciário e não ao indivíduo que o integra. A decisão é o resultado de um sistema, isto é, ela não é construída de forma individualizada por um magistrado que faz valer a sua vontade perante o próprio sistema do qual faz parte. A liberdade para julgar, portanto, não pode ser interpretada como sendo um aval para que o juiz construa a norma consoante as suas convicções pessoais, mas é conferida à instituição, como um todo, a fim de que molde o direito à evolução da sociedade ou às particularidades dos casos concretos, respeitando, a todo o momento, o princípio da igualdade.¹⁶⁹

Neste viés, Marinoni preleciona que:

¹⁶⁶ NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco. *Precedentes no CPC-2015: por uma compreensão constitucionalmente adequada do seu uso no Brasil*. In: FREIRE, Alexandre; BARROS, Lucas Buril de Macedo; PEIXOTO, Ravi. *Coletânea Novo CPC: Doutrina Seleccionada*. Salvador: Juspodivm, 2015, no prelo, p. 18 Disponível em: <https://www.academia.edu/12103940/Precedentes_no_CPC-2015_por_uma_compreens%C3%A3o_constitucionalmente_adequada_do_seu_uso_no_Brasil>. Acesso em: 27 mai. 2016.

¹⁶⁷ ARRUDA ALVIM WAMBIER, 2009, p. 145.

¹⁶⁸ MARINONI, 2016, p. 53.

¹⁶⁹ ARRUDA ALVIM WAMBIER, loc. cit.

É preciso colocar ponto final no cansativo discurso que o juiz tem a liberdade ferida quando obrigado a decidir de acordo com as Cortes Supremas. O juiz, além de liberdade para julgar, tem dever para com o Poder de que faz parte e para com o cidadão. Possui o dever de manter a coerência do direito e de zelar pela respeitabilidade e pela credibilidade do Poder Judiciário. Além disso, não deve transformar a sua decisão em obstáculo que precisa ser contornado mediante a interposição de recurso, violando o direito fundamental à duração razoável do processo. Como é evidente, diante de casos distintos o juiz não precisa decidir de acordo com o que já foi fixado em precedente. Cabe-lhe, nesta situação, realizar o que se conhece por *distinguished*, ou seja, a diferenciação do caso sob julgamento.¹⁷⁰

Nesta esteira, infere-se que o princípio do livre convencimento do juiz não é irrestrito, e não deve ser utilizado em detrimento da segurança jurídica. Ou seja, "a vinculação das decisões judiciais exige a preservação e a compatibilização de dois princípios de igual hierarquia: o princípio do livre convencimento do juiz, corolário da independência judicial, e o princípio da igualdade na aplicação da lei."¹⁷¹

No Brasil, incumbe ao Superior Tribunal de Justiça o encargo de definir o sentido que deve ser extraído da lei federal. O STJ e o Poder Legislativo atuam em conjunto, com o fito de ajustar o direito federal infraconstitucional às necessidades sociais, isto é, visam dar à sociedade um direito adequado à realidade social. "As funções de uma Suprema Corte, que exerce função de desenvolvimento do direito, se projetam perante toda a sociedade, obrigando os tribunais ordinários pela simples circunstancia de significarem o sentido do direito".¹⁷²

Nesta senda, tal função nomofilática foi reiterada pelo Ministro Humberto Gomes de Barros, em conhecido voto proferido no Agravo Regimental nos Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 228.432/RS, julgado pela Corte Especial:

O Superior Tribunal de Justiça foi concebido para um escopo especial: orientar a aplicação da lei federal e unificar-lhe a interpretação, em todo o Brasil. Se assim ocorre, é necessário que sua jurisprudência seja observada, para se manter firme e coerente. Assim sempre ocorreu em relação ao Supremo Tribunal Federal, de quem o STJ é sucessor, nesse mister. Em verdade, o Poder Judiciário mantém sagrado compromisso com a justiça e a segurança. Se deixarmos que nossa jurisprudência varie ao sabor das convicções pessoais, estaremos prestando um desserviço a

¹⁷⁰ MARINONI, 2016, p. 53.

¹⁷¹ LUZ, Valdemar P. da. *A reforma processual e os precedentes jurisprudenciais*. In: LAMY, Eduardo; ABREU, Pedro Manoel; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (Org.). *Processo Civil em Movimento: Diretrizes para o novo CPC*. Florianópolis: Conceito, 2013, p. 1025.

¹⁷² MARINONI, op. cit., p. 77-78.

nossas instituições. Se nós – os integrantes da Corte – não observarmos as decisões que ajudamos a formar, estaremos dando sinal, para que os demais órgãos judiciários façam o mesmo. Estou certo de que, em acontecendo isso, perde sentido a existência de nossa Corte. Melhor será extingui-la.¹⁷³

“A ausência de respeito aos precedentes está fundada na falsa suposição, própria à tradição do *civil law*, de que a lei seria suficiente para garantir a certeza e a segurança jurídicas.”¹⁷⁴ Conforme já exposto alhures, o *civil law*, em suas raízes, buscou a concretização de tais ideais apenas na lei. Na visão arcaica deste sistema, estes seriam viáveis apenas na hipótese de a lei ser estritamente aplicada e mediante a subordinação do magistrado à norma positivada. Resta clarividente, portanto, que uma doutrina de precedentes vinculantes poderia encontrar barreiras teóricas a serem derrubadas.

No entanto, busca-se superar a crise instituída no direito pátrio, desencadeada pela não observância dos precedentes dos Tribunais Superiores, que acaba por desestabilizar toda a ordem jurídica. À vista disso, mostra-se a imprescindibilidade do respeito aos precedentes no Brasil.

Espera-se, contudo, que o novo Código de Processo Civil – marcado pela ideia de respeito aos precedentes – possa iluminar e pavimentar o caminho em busca da racionalização do nosso sistema de distribuição de justiça, garantindo-se, conseqüentemente, a igualdade e a segurança jurídica, indispensável para o homem poder se desenvolver e para a economia ter condições de frutificar.¹⁷⁵

Outrossim, os princípios irradiados pelo *common law* não se mostram incompatíveis com o sistema jurídico brasileiro. Os ideais de igualdade, coerência e consistência na aplicação do direito pelo Judiciário, patrocinados pela doutrina do *stare decisis*, são imprescindíveis para que a prestação jurisdicional se torne efetiva e para que a ordem jurídica se mantenha estável e íntegra. A adoção de um sistema de precedentes vinculantes tem o potencial de reduzir o número de ações judiciais, de possibilitar a realização de acordos, além de uniformizar a jurisprudência em todo

¹⁷³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg nos EREsp: 228.432 RS 2000/0049237-0*, Relator: Min. Humberto Gomes de Barros. Brasília, DF, Data de Julgamento: 01/02/2002, CE - CORTE ESPECIAL, Data de Publicação: DJ 18.03.2002. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/295114/agravo-regimental-nos-embargos-de-divergencia-no-recurso-especial-agrg-nos-eresp-228432-rs-2000-0049237-0>>. Acesso em: 27 mai. 2016.

¹⁷⁴ MARINONI, 2016, p. 80.

¹⁷⁵ Ibid., p. 81.

o território nacional. Destarte, a oportunidade de respeitar os precedentes nos oferece ferramentas para superar a crise instaurada no Poder Judiciário.

Nesta esteira, extrai-se da lição de Nunes e Horta:

Ao se perceber este quadro adulterado é que surge o CPC/2015, com uma função contra-fática na tentativa de promover um aprimoramento qualitativo do sistema de precedentes de modo a ofertar um diálogo genuíno na formação dos julgados que leve a sério todos os argumentos relevantes para o deslinde da situação em julgamento.¹⁷⁶

2.2. O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O novo Código de Processo Civil, com o escopo de garantir a estabilidade e a unidade do ordenamento, de tutelar a segurança jurídica e a confiabilidade do cidadão e de promover uma prestação jurisdicional célere e equitativa, positivou dispositivos legais que evidenciam a adoção de um sistema de precedentes vinculantes.

Destarte, avistou-se a possibilidade de superar a crise institucional instaurada no Poder Judiciário desde sua gênese por intermédio da doutrina de respeito aos precedentes firmados pelas Cortes superiores, isto é,

Agora, busca-se promover a estruturação de um novo modelo dogmático para dimensionamento do direito jurisprudencial no Brasil em face do quadro de alta instabilidade decisória que acabou tornando inviável a promoção do uso adequado dos precedentes, em face da superficialidade da fundamentação dos julgados, da ausência da análise panorâmica dos fundamentos, entre outros déficits de aplicação.¹⁷⁷

Sob esta ótica deslindam Theodoro Júnior, Nunes, Bahia e Pedron:

É por estas razões que o Novo CPC fornece fundamentos normativos para o sistema de precedentes brasileiro, é dizer, os já mencionados princípios da comparticipação, coerência, integridade, estabilidade e da busca do resgate da efetiva colegialidade na sua formação, para, com esta medida, evitar-se o retrabalho dos tribunais que analisam (com recorrência) mal e de modo superficial os casos, induzindo que tenham que desencadear reanálises mediante a utilização de argumentos negligenciados na primeira análise, pelo equívoco da motivação formal.¹⁷⁸

¹⁷⁶ NUNES e HORTA, 2015, p. 6.

¹⁷⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto et. al. *Novo CPC: Fundamentos e sistematização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 307.

¹⁷⁸ Ibid., p. 340-341.

As inovações normativas trazidas pelo novel caderno processual brasileiro são os primeiros passos para a implantação de um sistema de precedentes vinculantes. Esta se dará de forma paulatina e se efetivará a partir da estabilização e da uniformização da jurisprudência das Cortes Superiores, do respeito a estes entendimentos pelos órgãos jurisdicionais a elas submetidas, da estrita observância ao dever de fundamentação das decisões judiciais, além de um processo de adaptação dos próprios operados do direito.

O novo CPC não prescinde de que o direito jurisprudencial seja aplicado sempre à luz de todos os fatos que integram o caso em análise e também dos casos sumulados ou que deram origem às teses e precedentes invocados - se pelas partes, constitui ônus destas estabelecer padrões de analogias ou de distinção; se pelo magistrado, este deverá facultar às partes o momento processual adequado para as partes se manifestarem, sob pena de violação do contraditório, após o que, levando em consideração os argumentos apresentados, procederá, de forma fundamentada, às analogias e/ou contra-analogias.¹⁷⁹

O novo Código de Processo Civil tenciona estatuir um sistema normativo que retifique as incorreções contemporâneas, de modo que o respeito ao direito jurisprudencial seja evidenciado, tanto na formação quanto na aplicação correta dos precedentes. Passa-se, portanto, a explicitar o embasamento das normas presentes no caderno processual.

O artigo 926 rege que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.¹⁸⁰ Nunes, Pedron e Bahia traçam um paralelo entre o microssistema de precedentes do novo Código de Processo Civil e o pensamento dworkiniano. A defesa da integridade do ordenamento, a cultura do respeito à história institucional e o dever de buscar a única resposta correta, isto é, a melhor decisão judicial para a questão, se tornam grandes premissas do nosso sistema processual em relação ao direito jurisprudencial.¹⁸¹

Este dispositivo evidencia a preocupação da nova lei processual quanto à aplicação equânime do Direito, de modo que a discricionariedade interpretativa e o desrespeito às decisões vinculantes sejam repelidos da cultura jurídica brasileira.

¹⁷⁹ NUNES e HORTA, 2015, p. 10.

¹⁸⁰ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 01 jun. 2016.

¹⁸¹ NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio; BAHIA, Alexandre. *Precedentes no Novo CPC: É possível uma decisão correta?* 2015, p. 6. Disponível em: <https://www.academia.edu/14075832/Precedentes_no_Novo_CPC_%C3%89_poss%C3%ADvel_um_a_decis%C3%A3o_correta>. Acesso em: 01 jun. 2016.

Dessarte, “seguindo este pressuposto dworkiniano o art. 926 do NCPC impõe o respeito da cadeia decisória desde a primeira análise (*leading case*) e, em especial, com respeito dos fundamentos determinantes (*ratio decidendi*) que nortearam a aplicação”.¹⁸² Isto posto, depreende-se que:

Os Tribunais devem uniformizar entendimentos quando realmente houver tal uniformidade (e não apenas para se prevenir novos processos – jurisprudência defensiva), de outro lado, esse trabalho não acaba com a formulação de súmulas ou de precedentes de qualquer espécie. Um caso (ou vários casos reunidos em uma súmula) não deveria ser visto como precedente porque assim a lei ou o Tribunal o diz e sim por se inserir numa cadeia argumentativa que constrói o Direito e, especificamente, porque possui fundamentos relevantes que trazem em sua “*ratio decidendi*”, a explicitação de princípios que representam a “leitura sob a melhor luz” do direito.¹⁸³

Essa incumbência, que consiste na preservação da integridade, da estabilidade e da uniformidade da jurisprudência, imposta por este dispositivo aos Tribunais busca oferecer ferramentas a estes órgãos jurisdicionais, a fim de que editem súmulas que consolidem a sua jurisprudência dominante. Estas, ademais, deverão ser observadas pelo próprio tribunal, conforme o enunciado n. 169 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, e pelos juízes a ele subordinados.¹⁸⁴

Em que pese inequivocamente bem intencionado, Mitidiero aponta cinco problemas teóricos presentes na referida norma:

A uma, fala em tribunais indistintamente, sem atentar que existe uma divisão de trabalho bastante clara entre as Cortes de Justiça e as Cortes Supremas no ordenamento jurídico brasileiro. A duas, institui um dever de uniformização, nada obstante seja conhecida a ligação do termo a uma função de simples controle que era exercida pelas cortes de vértice em um determinado momento da história. A três, alude genericamente à jurisprudência, sem se preocupar com eventuais distinções que podem existir entre os termos jurisprudência, súmula e precedentes, empregados igualmente em seus parágrafos. A quatro, refere que os tribunais têm o dever de manter a jurisprudência estável, quando na verdade esse é apenas um dos seus deveres no que tange à necessidade de prover segurança jurídica. A cinco, endossa uma proposta teórica bastante específica a respeito do conceito de direito ao determinar que a jurisprudência deva ser íntegra.¹⁸⁵

¹⁸² NUNES, PEDRON e BAHIA, 2015, p. 6.

¹⁸³ NUNES, PEDRON e BAHIA, loc. cit.

¹⁸⁴ DIDIER JR., BRAGA e OLIVEIRA, 2015, p. 461.

¹⁸⁵ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes, jurisprudência e súmulas no novo Código de Processo Civil brasileiro*. 2015, p. 4. Disponível em: <https://www.academia.edu/15354370/Precedentes_Jurisprud%C3%Aancia_e_S%C3%BAmulas_no_Novo_CPC>. Acesso em: 01 jun. 2016.

O artigo 927 estabelece um rol não exaustivo de precedentes vinculantes que, todavia, são distintos entre si quanto à sua origem. Dizer que um precedente é dotado de autoridade vinculante, consiste em afirmar que a *ratio decidendi* contida na fundamentação deste julgado deve ser de observância obrigatória.

Esse rol não é exaustivo, não excluindo, portanto, que as premissas estabelecidas no art. 926 sejam buscadas em outros tipos de decisão, desde que eles expressem princípios úteis ao desenvolvimento do raciocínio jurídico em outros casos, uma vez que o raciocínio por precedentes é sempre relevante quando a decisão passada tiver aptidão para construir indício formal da viabilidade de determinada interpretação do Direito - o que, por certo, não se limita ao disposto nos incisos do art. 927.¹⁸⁶

Marinoni afirma que “a norma do art. 927 consiste apenas na lembrança de alguns precedentes, além de súmulas e controversas decisões tomadas em incidentes de natureza erga omnes, que deverão ser observados pelos juízes e tribunais”.¹⁸⁷ Neste sentido, eis as hipóteses exemplificativas de vinculação trazidas por este dispositivo:

Art. 927. Os juízes e os Tribunais observarão:
 I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
 II – os enunciados de súmula vinculante;
 III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
 IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
 V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. (...) ¹⁸⁸

É pertinente a crítica feita por Marinoni no sentido de que este dispositivo trata apenas de hipóteses que não guardam qualquer homogeneidade entre si e regula, até mesmo, aquilo que seria óbvio ou desnecessário. A norma, ademais, nada diz acerca de precedente, *ratio decidendi* ou fundamentos determinantes da decisão.¹⁸⁹

As decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, tratadas no inciso I, já produzem coisa julgada *erga omnes*, isto é, os seus efeitos são emanados para todo o ordenamento jurídico.

¹⁸⁶ NUNES e HORTA, 2015, p. 27.

¹⁸⁷ MARINONI, 2016, p. 288.

¹⁸⁸ BRASIL, 2015.

¹⁸⁹ MARINONI, op. cit., p. 285.

Ademais, a sua *ratio decidendi* tem eficácia obrigatória, quer dizer, as razões de decidir vinculam todos os juízes e Tribunais, os quais deverão necessariamente observá-las durante o julgamento de uma questão semelhante.¹⁹⁰

Isto posto, não há como confundir o efeito vinculante do precedente com o efeito vinculante que decorre da coisa julgada. O Enunciado n. 168 do Fórum Permanente de Processualistas Civis orienta que o efeito vinculante das referidas decisões do inciso I decorre dos fundamentos determinantes do julgamento, ou seja, de sua *ratio decidendi*. Outrossim, a vinculação de todos os demais órgãos jurisdicionais e da administração pública em relação à coisa julgada com eficácia *erga omnes* decorre de expressa disposição legal (art. 102, §2º, CRFB/88; art. 28, p. único, Lei n. 9.868/99; art. 10, §3º, Lei n. 9.882/99).¹⁹¹

Denota-se dos incisos II e IV que os enunciados de súmula vinculante ou de súmula não vinculante devem obrigatoriamente ser acatados. Ocorre que as súmulas são enunciados concebidos pelas Cortes Superiores através da interpretação de teses jurídicas, todavia não são capazes de externar os motivos fáticos empregados em sua construção. De forma diversa, a *ratio decidendi*, ou os fundamentos determinantes da decisão, exteriorizam a tese de direito situada em determinada moldura fática. Portanto, diz-se que as súmulas, por si só, não têm condições de refletir a racionalidade da argumentação própria a um precedente.¹⁹²

O enunciado da súmula, em sua simplicidade, se distancia do manancial fático das decisões cuja difusão conduziu à sua edição. Mas a aplicação dos enunciados de súmula não pode ignorar o imperativo de observância dos fatos subjacentes à causa e confrontá-los com os precedentes que geraram o enunciado sumular; isso, porém, costuma ser ignorado.¹⁹³

Em que pese o parágrafo segundo do art. 926 afirme que, “ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”,¹⁹⁴ resta confirmado pela própria legislação que as súmulas são critérios do passado, isto é, deve-se mudar a forma como ela é empregada. Ora, se o que realmente importa são os motivos determinantes que originaram o enunciado sumular, infere-se que o que importa são os precedentes

¹⁹⁰ MARINONI, 2016, p. 285.

¹⁹¹ DIDIER JR., BRAGA e OLIVEIRA, 2015, p. 464.

¹⁹² MARINONI, op. cit., p. 287.

¹⁹³ DIDIER JR., BRAGA e OLIVEIRA, op. cit., p. 489.

¹⁹⁴ BRASIL, 2015.

das Cortes Supremas. “Na verdade, quando hoje se fala em súmula a partir dos precedentes que lhe deram origem, confessa-se (...) a imprescindibilidade de uma teoria que possa explicar como os precedentes são elaborados, o que significam e como devem ser utilizados e elaborados”.¹⁹⁵

Ademais, a função moderna da nossa Corte Constitucional exige que as súmulas vinculantes sejam harmonizadas com os precedentes instituídos em Recurso Extraordinário, que igualmente gozam de efeito vinculante. Portanto, busca-se evidenciar que a *ratio decidendi* estabelecida pelo STF no julgamento de um recurso possui o mesmo caráter obrigatório que a súmula vinculante.

Nesta senda, Marinoni aduz que “só há (...) necessidade de súmula vinculante, quando o Supremo Tribunal Federal, em face de um mesmo caso, firmou *rationes decidendi* que precisam ser ajustadas para se chegar a um ponto comum ou quando a *ratio decidendi* de um ou mais precedentes não é claramente decifrável”.

O inciso III rege os precedentes vinculantes emanados por incidentes processuais em julgamento de tribunal. Diz-se que “é uma espécie de formação concentrada de precedentes obrigatórios”. Ante a sua formação concentrada, estes incidentes manifestam certas particularidades. Porquanto, faz-se a ampliação do contraditório, no intuito de enfrentar todos os argumentos contrários e favoráveis à tese jurídica discutida, para, assim, dar racionalidade a estes institutos, visto que a insuficiência argumentativa acarretaria a limitação do alcance deste precedente.¹⁹⁶

Exige-se que o processo de formação do precedente se dê nesses termos, pois na sua interpretação e na sua aplicação a casos futuros e similares bastará que o órgão julgador verifique se é ou não caso de distinção ou superação (...); se for, o precedente não será aplicado; se não for, o precedente será aplicado e a fundamentação originária do julgamento do incidente se incorporará automaticamente à própria decisão que o invoca, sem a necessidade de repeti-la ou de reelaborá-la, razão pela qual não é exigível a observância do art. 489, §1º, IV, CPC.¹⁹⁷

Os incidentes de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas e a técnica dos recursos extraordinário e especial repetitivos guardam diferenças em relação ao sistema de precedentes.

¹⁹⁵ MARINONI, 2016, p. 287

¹⁹⁶ DIDIER JR., BRAGA e OLIVEIRA, 2015, p. 465-466.

¹⁹⁷ Ibid., p. 466.

Marinoni¹⁹⁸ aduz que, diversamente dos primeiros, a doutrina de respeito aos precedentes é corolário da atuação das Cortes Superiores no sentido de atribuir sentido ao direito e adequá-lo às necessidades sociais. De modo diverso, as hipóteses de vinculação tratadas neste inciso se destinam a resolver casos pendentes ou, ainda, a prevenir casos que podem surgir em virtude da relevância social da questão de direito. Portanto, os incidentes de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas são institutos que se destinam a solucionar casos de massa ou de questões múltiplas que surgiram, ou possam surgir, em face de determinada situação ou litígio.

A circunstância do incidente de resolução tratar de “casos idênticos” tem clara repercussão sobre o raciocínio que dá origem à decisão judicial. Essa decisão obviamente não é elaborada a partir da regra da universalidade, ou seja, da regra que determina que um precedente deve ser aplicável ao maior numero de espécies possíveis de casos. A decisão de resolução de demandas repetitivas objetiva regular uma só questão infiltrada em casos que se repetem ou se multiplicam.¹⁹⁹

Ademais, afirma que nem todos os casos repetitivos devem ser apreciados pelas Cortes Supremas. Para isso, devem cumprir os requisitos intrínsecos do recurso para que sejam admitidos e julgados, de modo que “as Cortes Supremas possam desenvolver o direito e garantir a sua unidade, e não para que possam dar a palavra final acerca de litígios que produzem ações em massa”.²⁰⁰

Nesta esteira, preleciona o douto professor Marinoni:

Além disso, é pouco mais do que evidente que não são apenas as decisões proferidas em recursos extraordinário e especial repetitivos que podem obrigar os juízes e tribunais, mas as ditadas em todo e qualquer recurso extraordinário e especial. Sem dúvida, e isso não precisaria estar escrito num Código de Processo Civil, a *rationes decidendi* dos acórdãos prolatados em recursos extraordinário e especial têm claro e inculcável efeito obrigatório.²⁰¹

Por fim, oportuno é o ensinamento de Didier Jr., Braga e Oliveira acerca do inciso V do artigo 927, o qual prevê duas hipóteses de vinculação:

Uma *vinculação interna* dos membros e órgãos fracionários de um tribunal aos precedentes oriundos do plenário ou órgão especial daquela mesma

¹⁹⁸ MARINONI, 2016, p. 285-286.

¹⁹⁹ Ibid., p. 321.

²⁰⁰ Ibid., p. 286.

²⁰¹ MARINONI, loc. cit.

Corte. Uma *vinculação externa* dos demais órgãos de instância inferior aos precedentes do plenário ou órgão especial do tribunal a que estiverem submetidos. Afinal, o precedente não deve vincular só o tribunal que o produziu, como também os órgãos a ele subordinados.²⁰²

Nesta esteira, o microssistema de precedentes do novel caderno processual brasileiro institui o que a doutrina chama de *stare decisis* horizontal, ou vinculação horizontal. Este instituto é imprescindível para que a lógica hierárquica de funcionalidade do ordenamento jurídico seja respeitada, haja vista o dever de a Corte Suprema respeitar seus próprios precedentes para que os tribunais inferiores também o acatem. Concretizando o dever de respeito aos próprios entendimentos firmados é verossímil que as jurisdições *a quo* os observem. “É exatamente por essa razão que logo na sequência o legislador institui o chamado *stare decisis* vertical: isto é, a necessidade de que o Poder Judiciário seja visto como uma unidade, isto é, tendo apenas uma única face para a pessoa que espera justiça”.²⁰³

2.2.1. Da importância do art. 489, §1º, do CPC/2015, a *ratio decidendi* ou “fundamentos determinantes da decisão”

O direito à motivação das decisões judiciais está inserido no plano dos direitos fundamentais. A motivação legitima a atividade jurisdicional e é inerente à ideia de Estado Constitucional. “O direito à motivação aparece atualmente vinculado ao plano das garantias que as constituições democráticas asseguram às pessoas e vem geralmente fundamentado na necessidade de que o exercício do poder estatal seja justificado”.²⁰⁴

A doutrina define que a fundamentação da decisão judicial realiza um duplo discurso: um para as partes de um processo (função endoprocessual) e outro para a ordem jurídica (função extraprocessual). “O primeiro constitui direito fundamental da parte e compõe o núcleo duro do direito ao processo justo (...). O segundo é de ordem institucional, está estruturado para promover a unidade do direito e visa à realização da segurança jurídica, da igualdade e da coerência normativa”.²⁰⁵

²⁰² DIDIER JR., BRAGA e OLIVEIRA, 2015, p. 466.

²⁰³ MITIDIERO, 2015, p. 7.

²⁰⁴ MOTTA, Otávio Verdi. *Justificação da Decisão Judicial: a elaboração da motivação e a formação de precedente*. Coleção o novo processo civil. MARINONI, Luiz Guilherme (dir.); ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.). Revista dos Tribunais, São Paulo, 2015, p. 128-129.

²⁰⁵ MITIDIERO, Daniel. *Fundamentação e precedente – dois discursos a partir da decisão judicial*. 2012, p. 2. Disponível em:

A decisão judicial não pode mais ser vista apenas como meio para solucionar um caso concreto, ela deve, todavia, ser tratada como um instrumento capaz de promover a unidade do direito e de reduzir a indeterminação do discurso jurídico.²⁰⁶ Portanto, a motivação deve ser tratada como um instrumento de criação, identificação e compreensão da *ratio decidendi*.

Os juízes devem, portanto, identificar as questões de fato consideradas essenciais ao deslinde da causa e devem delimitar a tese jurídica acolhida, isto é, deve entender a dinâmica das normas jurisprudenciais, buscando identificar a forma adequada para editá-las, interpretá-las e, por fim, aplicá-las.

Os juízes, assim, devem estar vinculados somente por fundamentos confiáveis sobre questões jurídicas que aparecem nas decisões, não podendo haver o contentamento do sistema apenas com o dispositivo ou a ementa das decisões judiciais: citar ementa não é trabalhar com precedentes, da mesma forma que citar Súmula diz pouco sobre a “*ratio decidendi*” ali contida, se não são trazidos os casos e o debate que lhe deram origem.²⁰⁷

O Código Buzaid pouco se importou com o dilema da fundamentação das decisões judiciais. O artigo 458, II, do antigo caderno processual de 1973, se limitou a definir como elemento fundamental da sentença os fundamentos, em que o juiz analisaria as questões de fato e de direito. Dessa forma, a partir da subsunção dos fatos apresentados pelas partes, o juiz daria sentido à norma jurídica e a aplicaria ao caso.

O novo Código de Processo Civil concedeu ao direito fundamental à motivação das decisões judiciais total importância. No primeiro capítulo, do livro I, da sua parte geral, dedicado às normas fundamentais do processo civil, o novel caderno processual traz o artigo 11, que reproduz o texto do artigo 93, IX, da CF, ao determinar que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”.²⁰⁸ Passa-se, destarte, a tratar a motivação como direito fundamental processual.²⁰⁹

<https://www.academia.edu/3223814/Fundamenta%C3%A7%C3%A3o_e_precedente_dois_discursos_a_partir_da_decis%C3%A3o_judicial_-_Revista_de_Processo_206>. Acesso em: 01 jun. 2016.

²⁰⁶ Id., 2015, p. 3.

²⁰⁷ NUNES e BAHIA, 2015, p. 15-16.

²⁰⁸ BRASIL, 2015.

²⁰⁹ MOTTA, 2015, p. 151.

Infelizmente, até ao menos a entrada em vigor do CPC-2015, duas posturas são costumeiras no Brasil ao se usar julgados dos tribunais como fundamento para as decisões: (a) a de se repetir mecanicamente ementas e enunciados de súmulas (descontextualizados dos fundamentos determinantes e dos fatos que os formaram), como bases primordiais para as decisões, seguindo uma racionalidade própria da aplicação das leis, encarando esses trechos dos julgados como "comandos" gerais e abstratos - é dizer, reprimando uma escola da exegese apenas que substituída a lei pelos (pseudo) "precedentes" ou (b) de se julgar desprezando as decisões anteriormente proferidas, como se fosse possível analisar novos casos a partir de um marco zero interpretativo; num e noutro caso o juiz discricionariamente despreza os julgados, a doutrina e o próprio caso que está julgando.²¹⁰

Outro não é o entendimento de Marinoni:

Ao considerar a sentença destituída de fundamentação e, portanto, nula, o Código confere grande importância ao sistema de precedentes, proibindo duas práticas que vinham se tornando costumeiras do direito brasileiro: i) o simples registro de acórdão de Corte Suprema como fundamento para decidir e ii) a não consideração de acórdão de Corte Suprema invocado pela parte.²¹¹

Estabelece o art. 489, §1º, do CPC/2015, que “não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida”.²¹² Este dispositivo exige que o juiz motive as escolhas interpretativas que outorgou ao texto normativo no intuito de coibir a falsa argumentação, que oculta as reais opções interpretativas. O seu dever de justificação não se encerra com a mera transcrição do enunciado, posto que esta não se confunde com a responsabilidade do juiz em atribuir de sentido à norma jurídica.²¹³

Neste mesmo sentido, o inciso III rege que não se considera fundamentada a decisão que “invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão”.²¹⁴ Ora, uma decisão que não individualiza o caso ignora completamente a necessidade de justificação externa da decisão, porquanto não expõe a motivação acerca da escolha da norma aplicável ao caso, não evidencia os fatos e nem justifica a sua qualificação jurídica e as consequências dessa qualificação.

²¹⁰ NUNES e BAHIA, 2015, p. 4.

²¹¹ MARINONI, 2016, p. 338.

²¹² BRASIL, 2015.

²¹³ MOTTA, 2015, p. 152.

²¹⁴ BRASIL, 2015.

O inciso II deste mesmo dispositivo determina que não é permitido na motivação “empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso”²¹⁵. Ora, este dispositivo rege que a qualificação jurídica do fato deve ser feita de forma adequada, a fim de que não sejam empregados conceitos jurídicos indeterminados que poderiam ser utilizados para fundamentar casos sob qualquer moldura fática, eis que esses contém na previsão abstrata um termo indeterminado. Deve o julgador, portanto, demonstrar quais fatos considerados provados na lide se enquadram no conceito indeterminado da norma.²¹⁶

No que tange ao artigo 489, §1º, V e VI, do CPC/2015, esses estatuem que não é permitido ao juiz na motivação das decisões “se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos” e nem “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”²¹⁷. Resta clarividente, portanto, a alusão feita à teoria dos precedentes vinculantes, posto que tais dispositivos se referem expressamente aos fundamentos determinantes da decisão, isto é, a *ratio decidendi*.

Neste viés, preleciona Marinoni:

Em termos de adequada fundamentação, é certo que o mero registro de decisão de Corte Suprema, sem a demonstração que a decisão é precedente e que esse se adapta à solução do caso, é insuficiente. Também não é possível que o juiz, diante dos argumentos da parte e do caso a ser solucionado, possa simplesmente ignorar decisão de Corte Suprema, deixando de demonstrar que a decisão não tem característica de precedente ou que esse não se aplica ao caso sob julgamento.²¹⁸

Consoante já outrora exposto, a *ratio decidendi*, ou os fundamentos determinantes da decisão, é definida como sendo a “parcela dos fundamentos que determina a conclusão ou o resultado alcançado, ou, em outros termos, o dispositivo da decisão”.²¹⁹ Deve-se, portanto, excluir as razões expostas de passagem ou que não são necessárias à solução da lide, isto é, o *obiter dictum*.

²¹⁵ BRASIL, 2015.

²¹⁶ MOTTA, 2015, p. 153.

²¹⁷ BRASIL, 2015.

²¹⁸ MARINONI, 2016, p. 338.

²¹⁹ MARINONI, loc. cit.

Cumpra salientar, ainda, que somente há *ratio decidendi* e, por conseguinte, precedente na hipótese de a maioria dos membros do colegiado da Corte Suprema adotar o fundamento determinante que conduziu ao resultado do recurso. Constatase, portanto, que não são todas as decisões ou acórdãos de Corte Suprema que são dotados de caráter vinculante e, por consequência, devem ser obrigatoriamente observados pelos magistrados *a quo*.²²⁰

Para que um magistrado ou Tribunal decida com base em um precedente obrigatório é necessário que a sua aplicação seja fundamentada, isto é, deve-se demonstrar a pertinência que a questão de direito contida na *ratio decidendi* de um acórdão de Corte Suprema tem para a solução do caso sob julgamento. A propósito, Marinoni entende que:

A necessidade de o juiz não poder simplesmente invocar a *ratio* para decidir requer a assimilação da premissa de que *ratio* é direito, que, assim, impõe-se para a resolução da demanda ou do recurso. É preciso perceber que, do mesmo modo que o juiz não pode invocar uma lei sem situá-la no contexto do caso, não pode invocar um precedente sem demonstrar que regula a questão de direito posta no caso.²²¹

Ainda sobre a aplicação do precedente, outro não é o entendimento de Mitidiero:

Essa é a razão pela qual o art. 489, §1º, determina que os juízes, desembargadores e ministros decidam, ao aplicarem precedentes, observando o direito ao contraditório e o dever de fundamentação analítica. Isso quer dizer que há dever de debater previamente a aplicação de um precedente a um dado caso concreto – acaso não tenha sido ainda debatido pelas partes no processo – e que há dever de identificação precisa da identidade ou semelhança entre os aspectos fático-jurídicos dos casos capazes de justificar a aplicação do precedente. Essas práticas são essenciais para evitar o risco de o sistema de precedentes se desvair em um sistema de padronização voltado à transformação do juiz em uma espécie de “boca da jurisprudência”.²²²

Ademais, a aplicação de um precedente vinculante não pode ser afastada sem a devida motivação e, de igual forma, não se permite que o juiz ou o Tribunal deixe de considerar precedente invocado pela parte sem demonstrar que este não convém à lide.

²²⁰ MARINONI, 2016, p. 338-339.

²²¹ Ibid., p. 339.

²²² MITIDIERO, 2015, p. 8.

Na primeira situação, o magistrado “deverá demonstrar que a questão de direito que reclama solução não está resolvida na *ratio* ou que a questão de direito dirimida pela *ratio* assume outra configuração diante das circunstâncias fáticas do caso sob julgamento”.²²³

Já na segunda, é fundamental conceber “que a *ratio* deve ser vista como o significado do direito e, assim, obviamente não pode ser ignorada pelo julgador que detém em suas mãos caso que não é incompatível *prima facie* com o precedente”.²²⁴ Portanto, da mesma forma que o julgador não pode deixar de enfrentar um argumento invocado pela parte, não é cabível que ele obste a aplicação de um precedente quando esse tem a capacidade de resolver o litígio.

Por fim, a parte final do inciso VI deste dispositivo versa a respeito da imprescindibilidade de demonstrar a superação do entendimento acerca da questão de direito tratada pelo caso para deixar de seguir o precedente. Conforme já tratado alhures, a revogação de um precedente firmado em acórdão de Corte Suprema só pode ser realizada pelo tribunal que o emitiu. Destarte, o não acatamento de um precedente deverá ser fundamentado pelo julgador, o qual demonstrará a sua revogação pela Corte que o instituiu ou, excepcionalmente, quando tal entendimento estiver desgastado pelas decisões da própria Corte Suprema, de modo que a sua revogação seja iminente, hipótese denominada de *antecipatory overruling*.²²⁵

A importância dada à motivação das decisões também resta estampada no §2º do artigo 489 do CPC/2015, o qual determina que “no caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência da norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão”.²²⁶ Dessa forma, não é mais legítimo o emprego genérico de postulados normativos, como o da proporcionalidade ou da razoabilidade, “sem especificação e justificação a respeito de suas funções e circunstâncias daquilo que no caso concreto autorizam a sua aplicação”.²²⁷

À vista disso, infere-se que o redimensionamento da regra da motivação dos atos decisórios trazido pelo art. 489 do novel caderno processual tem o intuito de

²²³ MARINONI, 2016, p. 340.

²²⁴ MARINONI, loc. cit.

²²⁵ Ibid., p. 341.

²²⁶ BRASIL, 2015.

²²⁷ MOTTA, 2015, p. 153.

estabelecer a obrigatoriedade do magistrado em se preocupar, ao fundamentar as suas decisões, com a formação e o respeito às normas jurisprudenciais. Gize-se, neste contexto que a fundamentação deve ser compreendida como instrumento de criação, identificação e compreensão da *ratio decidendi*.

Em que pese o avanço implementado pelo novo Código de Processo Civil no tocante a elevação do nível de motivação dos atos decisórios, é pertinente a crítica trazida por Motta, no sentido de que:

Deixou o legislador de 2015 de formular igual elevação no que concerne à justificação dos elementos fáticos da decisão. Vale insistir: a justificação do juízo de fato no processo é tão importante quanto a justificação do juízo de direito. O Código de Processo Civil de 2015 perdeu a oportunidade de deixar isso claro. Afora a necessidade de justificação quanto à qualificação jurídica do fato, não cuidou o Código de Processo Civil de 2015 da justificação a respeito da verificação das premissas de fato da decisão. Deveria o legislador ter dado conta da justificação das premissas de fato, estabelecendo diretrizes para a adequada motivação da valoração dos elementos probatórios do processo, estabelecendo, por exemplo, a necessidade não só de o juiz indicar quais elementos de prova que confirmam a reconstrução dos fatos considerada correta na decisão, mas também justificar por qual razão não devem ser considerados confiáveis outros elementos que contrastam com a versão adotada.²²⁸

2.2.2. O *distinguishing* ou o “método da distinção” no ordenamento jurídico brasileiro

O novo Código de Processo Civil positivou a imprescindibilidade de se empregar os métodos de distinção e superação de precedentes como requisitos de validade das decisões judiciais. Tais institutos são fundamentais para a instrumentalização da doutrina de respeito ao precedente vinculante, porquanto obstam o engessamento do direito, de modo a salvaguardar a fidelidade do precedente à congruência social e à coerência sistêmica, e, outrossim, promovem a ordem institucional mediante a garantia de uma prestação jurisdicional equitativa.

A estruturação pela doutrina e jurisprudência pátrias de técnicas de distinção (*distinguishing*) a partir do CPC/2015 impõe-se como decorrência lógica da concretização do modelo constitucional de processo no marco da convergência de tradições jurídicas (que deve ser lida sob a luz da Constituição e das normas fundamentais da nova legislação) e da utilização do direito jurisprudencial como fonte normativa e instrumento para a manutenção de um ordenamento jurídico coerente e uniforme, atributos que remontam, em última análise, à integridade do Estado como garantidor de

²²⁸ MOTTA, 2015, p. 153-154.

um sistema jurídico único, pois apenas assim será possível conciliar a dimensão subjetiva de caso com a dimensão objetiva do direito que se pretende aplicar.²²⁹

Cumpra rememorar que o *distinguishing* é uma técnica empregada no intuito de verificar a existência de distinções relevantes entre o caso concreto e o paradigma, mediante a averiguação da incompatibilidade entre a tese jurídica formulada (*ratio decidendi*) e as circunstâncias fáticas discutidas, ou pela constatação de alguma particularidade intrínseca à lide que afasta a aplicação do precedente.²³⁰

A esse propósito, é de todo oportuno trazer à colação o entendimento de Estefânia Maria de Queiroz Barboza que preconiza, *in verbis*:

A atividade de distinção (*distinguishing*) permite uma explicação mais imparcial e simples no sentido de que a decisão anterior não foi respeitada porque seus fatos são distintos, materialmente diferentes, daqueles do caso que está para ser decidido. *Distinguishing* é o procedimento dos juízes quando no processo de decisão eles distinguem entre um caso e outro. A distinção de um caso é fundamentalmente diferenciar a *ratio decidendi* da *obiter dicta* – separando-se os fatos que são materialmente relevantes daqueles que são irrelevantes para a decisão. A distinção entre um caso e outro é primeira e primordialmente uma questão de se mostrar diferenças fáticas entre o caso antecedente e o caso atual, demonstrando-se que a *ratio* do precedente não se aplica satisfatoriamente ao caso em questão.²³¹

O novo caderno processual brasileiro ressalta a indispensabilidade da devida fundamentação da decisão que afastar a incidência de um precedente vinculante por intermédio da técnica da distinção. Nesse diapasão, o art. 489, §1º, VI, do CPC/2015, reputa nula a decisão que “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção do caso em julgamento ou a superação do entendimento”.²³²

Destarte, uma vez delimitada a *ratio decidendi* de um precedente, esta deve ser aplicada, superada ou distinguida. Aliás, a sua não observância enseja nulidade do provimento jurisdicional devido à ausência de fundamentação. Nesse passo, é o

²²⁹ NUNES e HORTA, 2015, p. 12.

²³⁰ DIDIER JR., BRAGA e OLIVEIRA, 2015, p. 491.

²³¹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 227.

²³² BRASIL, 2015.

entendimento de Frederick Schauer no sentido de que “um precedente deve ser seguido ou distinguido”.²³³

Deve-se, portanto, analisar a moldura fática inserida no caso concreto à luz da norma vinculante (*ratio decidendi*) constituída no referido precedente e, a partir desse exercício, determinar se a aplicação da solução jurídica ministrada se adequa ao litígio. Mera peculiaridade entre a conjuntura fática do paradigma e da lide não enseja o afastamento de um precedente. “Por vezes, mais importante do que os próprios fatos enquanto ocorridos, é a forma como são compreendidos e categorizados, o que dependerá da atividade argumentativa dos sujeitos processuais nos casos posteriores, o que irá delimitar o enquadramento do precedente”.²³⁴

O *distinguishing* pode ser empregado em qualquer instância, desde que o magistrado ateste, mediante devida motivação, a não incidência da norma vinculante construída em um precedente sobre o litígio. “Quando há utilização adequada da técnica da distinção, não ocorre uma superação da *ratio decidendi* originária, mas sim, a criação de uma nova, aplicável a uma situação diferente, ou mesmo um ajuste dos fatos a serem por ela abrangidos”.²³⁵

Induz-se, pois, que a aplicação da técnica da distinção está intrinsecamente vinculada ao dever de fundamentação da decisão judicial, regido pelos artigos 93, IX, da Constituição Federal e 489, §1º, do CPC/2015, e ao princípio da isonomia, artigo 5º, I, da Constituição Federal. Do contrário, a igualdade material poderia ser violada pelo magistrado. A corroborar o exposto acima, insta transcrever o entendimento de Lorena Barreiros, nesses termos:

É possível, pois, divisar-se, no contexto da teoria dos precedentes no direito brasileiro e à luz da concretização do devido processo constitucional de produção da decisão judicial, um verdadeiro direito subjetivo à distinção, de cunho prestacional, titularizado pela parte e tendo por sujeito passivo o órgão julgador. O conteúdo jurídico do direito subjetivo ao *distinguishing* contempla a imposição de deveres ao magistrado, dentre eles podendo-se destacar: a) o dever de consulta às partes antes de se definir o precedente a ser utilizado em um dado caso concreto, possibilitando-lhes, à semelhança com o tratamento atualmente dado à fixação dos pontos controvertidos no processo civil pátrio, a discussão quanto aos fatos relevantes ao julgamento da causa e ao precedente escolhido; b) a necessidade de fundamentação quanto à escolha do precedente e à sua

²³³ SCHAUER, Frederick. *Coleção grandes temas do novo CPC: precedentes*. In: DIDIER JR, Fredie et al. Precedentes. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 74.

²³⁴ PEIXOTO, 2015, p. 342.

²³⁵ Ibid., p. 343.

aplicação ao caso concreto; c) a necessidade de fundamentação quanto à exclusão da aplicação do precedente no caso concreto.²³⁶

Faz-se oportuno exemplificar a aplicação do método da distinção pelas Cortes Supremas. Passa-se, pois, ao caso. O plenário do Supremo Tribunal Federal versou a respeito do *dinstinguishing* no HC 85.185 de relatoria do Ministro Cezar Peluso. Analisou-se, neste caso, o alcance da Súmula 691 do STF, cuja redação é a seguinte: “Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de *habeas corpus* impetrado contra decisão do Relator que, em *habeas corpus* requerido a tribunal superior, indefere a liminar”.²³⁷

O remédio constitucional foi impetrado em face da decisão do Ministro Gilson Dipp, do Superior Tribunal de Justiça. Em suas razões, o impetrante asseverou que, malgrado a impetração afronte o enunciado sumular, a observância da Súmula 691 no presente caso deflagraria uma situação de manifesta ilegalidade.²³⁸

A discussão foi conduzida ao Plenário da Corte Suprema e, após o intenso debate acerca da cassação do enunciado sumular ou da sua ponderação no presente caso, chegou-se a conclusão de que não seria o caso de impor o *overruling*, mas o *distinguishing*. Ora, entendeu-se que estavam diante de uma situação inédita, não tratada nos precedentes que deram origem à Súmula, evento que tornou o caso em julgamento diverso daquele onde se originou o precedente. “Não obstante, se este fato novo, embora delineado novo caso, é compatível com as proposições sociais que justificam o precedente, não há razão para o *overruling*, devendo ser feito o *distinguishing*”.²³⁹

Destarte, a vedação imposta pela Súmula 691 do STF deve ainda ser observada pela Corte. Todavia, constatado flagrante constrangimento ilegal, o alcance do seu enunciado é limitado, ensejando o conhecimento do remédio constitucional.

“Tais previsões são essenciais se o Brasil quer se apoiar em precedentes: as técnicas da distinção e da superação pertencem, há muito, à praxe forense de

²³⁶ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Estruturação de um sistema de precedentes no Brasil e concretização da igualdade: desafios no contexto de uma sociedade multicultural*. In: DIDIER JR., Fredie et al. *Coleção grandes temas do novo CPC: precedentes*. Salvador: JudPODIVM, 2015, v. 3, p. 207.

²³⁷ BRASIL. *Súmula 691 do Supremo Tribunal Federal*. Brasília. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_601_700>. Acesso em: 08 jun. 2016.

²³⁸ MARINONI, 2016, p. 341.

²³⁹ Ibid., p. 345.

países de *common law*, nos quais juízes e advogados os utilizam para flexibilizar o enrijecimento que poderia advir do 'stare decisis'." ²⁴⁰

2.2.3. O *overruling* ou os “critérios para a revogação de precedente” no ordenamento jurídico brasileiro

Conforme outrora já aventado, a superação da *ratio decidendi* de um precedente cassa o seu caráter vinculante, tornando-o inaplicável aos casos vindouros. A utilização desse método deve ser adequadamente ponderada pelo julgador, porquanto acarreta grande impacto social. Todavia, se porventura deixar de corresponder aos padrões de congruência social e consistência sistêmica, a sua revogação é medida que se impõe.

Barboza assevera que as Cortes devem se atentar à "necessidade de adaptação do direito ou de precedentes já consolidados à nova realidade político-social de cada sociedade, mesmo que isso implique mudanças radicais ao custo de uma incoerência ou falta de uniformidade momentânea em relação ao sistema jurídico". ²⁴¹

Quanto às razões que justificam a superação de um precedente, o Enunciado n.º 322 do Fórum Permanente de Processualistas Civis rege que “a modificação de precedente vinculante poderá fundar-se, entre outros motivos, na revogação ou modificação da lei em que ele se baseou, ou em alteração econômica, política, cultural ou social referente à matéria decidida”. ²⁴²

Sobre tal aspecto, afirma o art. 927, §4º, do CPC/2015 que “a modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia”. ²⁴³

Seguindo esse raciocínio, o professor Marinoni preleciona, de modo esclarecedor, no sentido de que:

²⁴⁰ NUNES e BAHIA, 2015, p. 33.

²⁴¹ BARBOZA, 2014, p. 225.

²⁴² Enunciado n. 322 do Fórum Permanente de Processualistas Civis. Carta de Curitiba, p. 45. Disponível em: < <http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/12/Carta-de-Curitiba.pdf>>. Acesso em 09 jun. de 2016.

²⁴³ BRASIL, 2015.

Para revogar precedente ou dar nova regulação ao caso, é preciso demonstrar que as antigas razões não mais podem prevalecer. O colegiado [...] tem pesado ônus argumentativo. Não basta que demonstre que as suas razões são boas; cabe-lhe evidenciar que as antigas razões não podem subsistir em face das suas novas razões. E isso quando essas novas razões estão fundadas na alteração dos valores sociais, no desgaste do precedente na própria Corte Suprema, na alteração da concepção geral acerca do direito ou em equivoco na formulação do precedente.²⁴⁴

Em que pese haja previsão expressa do mecanismo de superação de precedentes o novo caderno processual, não se estabeleceu o procedimento cabível para a superação ou o entendimento da Corte. Com exceção das súmulas, que tem previsão no art. 103-A, §2º, da CRFB, na Lei n.º 11.417/2006 e no Regimento Interno do STF, a revogação de precedentes, consoante já alvitrado, deverá ser feita mediante devida fundamentação pelo órgão jurisdicional, de modo que restem clarividentes os motivos que conduziram à aplicação do *overruling*. A esse propósito, é o que prevê o Enunciado n.º 321 do Fórum Permanente de Processualistas Civis:

Enunciado 321. (art. 927, §4º). A modificação do entendimento sedimentado poderá ser realizada nos termos da Lei n.º 11.417, de 19 de dezembro de 2006, quando se tratar de enunciado de súmula vinculante; do regimento interno dos tribunais, quando se tratar de enunciado de súmula ou jurisprudência dominante; e, incidentalmente, no julgamento de recurso, na remessa necessária ou causa de competência originária do tribunal.²⁴⁵

Da mesma forma, pode o julgador, observando o requisito da devida fundamentação, efetuar a superação da *ratio decidendi* de um precedente em virtude da superveniência de legislação que o contrarie. Sobre tal aspecto, o Enunciado n.º 324 do Fórum Permanente de Processualistas Civis proclama que:

Enunciado 324. (art. 927). Lei nova, incompatível com o precedente judicial, é fato que acarreta a não aplicação do precedente por qualquer juiz ou tribunal, ressalvado o reconhecimento de sua inconstitucionalidade, a realização de interpretação conforme ou a pronúncia de nulidade sem redução de texto.²⁴⁶

2.2.3.1. Modulação dos efeitos da decisão revogadora

²⁴⁴ MARINONI, 2016, p. 359.

²⁴⁵ Enunciado n. 321 do Fórum Permanente de Processualistas Civis. Carta de Curitiba, p. 45. Disponível em: < <http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/12/Carta-de-Curitiba.pdf>>. Acesso em 09 jun. de 2016.

²⁴⁶ Enunciado n. 324 do Fórum Permanente de Processualistas Civis. Carta de Curitiba, p. 45. Disponível em: < <http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/12/Carta-de-Curitiba.pdf>>. Acesso em 09 jun. de 2016.

A aplicação da técnica de revogação de precedentes não deve constituir uma surpresa injusta e tampouco gerar insegurança jurídica ao ordenamento. A confiança dos jurisdicionados, a previsibilidade das decisões judiciais e a isonomia extraprocessual são alguns dos pilares de uma ordem jurídica estável e que almeja instituir um sistema de precedentes vinculantes.

Nesta senda, o Enunciado n.º 320 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, com fulcro na *technique of signaling* proveniente do direito norte-americano, orienta-nos acerca da possibilidade de que “os tribunais poderão sinalizar aos jurisdicionados sobre a possibilidade de mudança de entendimento da corte, com a eventual superação ou a criação de exceções ao precedente para casos futuros”.²⁴⁷

O art. 927, §3º, do CPC/2015 rege que, “na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica”.²⁴⁸

Nesta esteira, o Enunciado n.º 55 do Fórum Permanente de Processualistas Civis afirma que “pelos pressupostos do § 3º do art. 927, a modificação do precedente tem, como regra, eficácia temporal prospectiva. No entanto, pode haver modulação temporal, no caso concreto”.²⁴⁹

Todavia, Didier Jr., Braga e Oliveira seguem entendimento que,

em regra, a eficácia temporal do precedente é retroativa. [...] Isso não significa que a revogação prospectiva se torne algo completamente excepcional, mas tão somente exige uma fundamentação justificada para tanto, tornando-se mais um elemento que imponha a estabilidade da jurisprudência.²⁵⁰

Na visão dos autores, a revogação com regra prospectiva seria inviável em um país como o Brasil, em que sua jurisprudência muda de acordo com o sabor do vento. Ademais, entendem que esta regra facilitaria a superação dos precedentes no Brasil e, por conseguinte, não corresponderia às diretrizes do novo Código de

²⁴⁷ Enunciado n. 320 do Fórum Permanente de Processualistas Civis. Carta de Curitiba, p. 45. Disponível em: < <http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/12/Carta-de-Curitiba.pdf>>. Acesso em 09 jun. de 2016.

²⁴⁸ BRASIL, 2015.

²⁴⁹ Enunciado n. 55 do Fórum Permanente de Processualistas Civis. Carta de Curitiba, p. 15. Disponível em: < <http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/12/Carta-de-Curitiba.pdf>>. Acesso em 09 jun. de 2016.

²⁵⁰ DIDIER JR., BRAGA e OLIVEIRA, 2015, p. 499.

assegurar a previsibilidade das decisões, além de não cumprir o objetivo intrínseco ao *stare decisis* de estabilizar o entendimento das Cortes Superiores.

Marinoni²⁵¹ assevera que a regra de superação de precedentes deve ter efeitos retroativos. Entretanto, pode-se dar efeitos prospectivos à revogação na hipótese de haver confiança justificada no precedente. Outrossim,

As Cortes não devem supor razão para a tutela da confiança sem consideração meticulosa, analisando se a questão enfrentada é uma daquelas em que os jurisdicionados costumam se pautar nos precedentes, assim como se os tribunais já sinalizaram para a revogação do precedente ou se a doutrina já demonstrou a sua fragilidade.²⁵²

²⁵¹ MARINONI, 2016, p. 273.

²⁵² MARINONI, loc. cit.

3. O SISTEMA DE PRECEDENTES VINCULANTES DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL VS. A DOUTRINA DO *STARE DECISIS* DO *COMMON LAW*

3.1. DOS FATORES QUE EVIDENCIAM A APROXIMAÇÃO DE AMBAS AS TRADIÇÕES JURÍDICAS

O *civil law* e o *common law* fluíram de conjunturas políticas e culturais absolutamente diferentes, o que conduziu ao desenvolvimento de tradições jurídicas distintas e com peculiaridades inerentes a cada um dos sistemas. Todavia, cumpre elucidar que há correspondência entre os seus princípios norteadores. Em ambos os sistemas o direito nasce com o fito de assegurar estabilidade, previsibilidade, igualdade e consistência às interações sociais.

Malgrado haja certa equivalência quanto aos seus fins, o meio empregado para a efetivação desses princípios se dá de forma dissemelhante. Os países adeptos à tradição do *common law* buscam concretizar tais ideais mediante o respeito aos precedentes vinculantes (*binding precedent*), introduzidos no sistema pela doutrina do *stare decisis*; já na *civil law*, procura-se consubstanciá-los por meio da lei.

Destarte, desde a sua formação, o sistema jurídico do *common law* adotava os costumes e princípios como fonte do direito, sem se vincular a um corpo rígido de normas. Em que pese sejam os precedentes prescindíveis à existência da tradição jurídica anglo-saxã, a vinculação dos tribunais às decisões judiciais pretéritas foi resultado da sua própria experiência ao longo da sua evolução histórica, possibilitando o surgimento da doutrina do *stare decisis*. Isto posto, resta clarividente a importância dos magistrados para a concretização de tais princípios norteadores e para desenvolvimento e consolidação do *common law*.

Na origem do *civil law*, os juízes exerciam um papel completamente distinto dos seus pares anglo-americanos. Os dogmas da revolução francesa impunham que o direito era concebido unicamente como lei. A vontade geral estava efetivada na legislação escrita, a qual deveria ser respeitada literalmente para a garantia da igualdade e segurança jurídica. Os julgadores, portanto, foram reduzidos a seres inanimados que tinham a incumbência de apenas revelar e aplicar as normas legisladas; atuavam como a *bouche de la loi* (boca da lei). Posteriormente, a evolução do sistema se deu com o advento do constitucionalismo. “O juiz deixa de

ser um servo da lei e assume o dever de dimensioná-la na medida dos direitos positivados na Constituição”.²⁵³ Dessa forma, tal mudança de paradigma conferiu ao magistrado do *civil law* poder correlato àquele do juiz do *common law*.

Percebe-se, pois, o prelúdio de uma recíproca aproximação entre as duas tradições jurídicas. Por um prisma, identifica-se uma eloquente intensificação do uso da *statutory law* (legislação escrita) na tradição do *common law*. Por outro, constata-se que o marco do constitucionalismo ensejou uma mudança no paradigma da supremacia da lei e do princípio da segurança jurídica na tradição do *civil law*. Atualmente, preocupa-se cada vez mais na efetivação dos ideais de estabilidade e consistência do ordenamento jurídico, de previsibilidade das decisões judiciais e de isonomia extraprocessual mediante a uniformização da jurisprudência e o respeito aos entendimentos firmados pelas Cortes Supremas.

Um dos fundamentos do Estado de Direito é a segurança jurídica, que consiste no conjunto de condições que torna possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos, à luz da liberdade reconhecida.

[...] Trata-se da previsibilidade necessária que tem o jurisdicionado de saber que ao Poder Judiciário compete decidir as lides e declarar quem tem razão, sempre atuando de acordo com a autoridade e a vontade da lei. [...] A segurança, portanto, não decorre propriamente da lei, mas principalmente das decisões proferidas pelos tribunais.²⁵⁴

No Brasil, esta aproximação fica evidente em virtude da possibilidade de os magistrados exercerem o controle difuso de constitucionalidade, da crescente utilização de textos redigidos a partir da técnica legislativa aberta, o que confere ao julgador a incumbência de declarar o sentido da norma inserida na lei; e, ademais, da mudança da compreensão acerca da hermenêutica jurídica. Assimilou-se, portanto, que norma jurídica é extraída da lei e com esta não deve ser confundida, isto é, ela não é objeto, mas sim produto da interpretação do texto legal pelo julgador.

Dessa forma, diz-se que surge a atividade criativa do juiz. Ele dá um sentido ao texto legal, preenchendo um conceito aberto, no intuito de preencher as lacunas existentes na legislação e de solucionar um caso concreto. A primeira vista, parece que esta criatividade dos juízes possa gerar um efeito surpresa, minando a previsibilidade das decisões e a segurança jurídica. Todavia, este efeito surpresa é

²⁵³ MARINONI, 2016, p. 35.

²⁵⁴ MIRANDA DE OLIVEIRA, 2014, p. 307-308.

atenuado e efetivamente desaparece quando os tribunais passam a julgar da mesma forma os casos iguais.²⁵⁵

À vista disso, diz-se que essas mudanças propiciaram o surgimento de um tipo de magistrado completamente distinto daquele da época da revolução francesa. O papel atual do juiz brasileiro muito se aproxima da função exercida pelo juiz do *common law*.

A promulgação da Constituição Federal de 1988 fez com que o espírito de cidadania brotasse em cada brasileiro. Os diversos textos legais positivados sob a sua égide, em conjunto com o aprimoramento de mecanismos processuais adequados a recorrer aos tribunais com mais efetividade e a promoção do acesso à justiça propiciaram, aos jurisdicionados, meios para a efetiva busca pelas garantias fundamentais que lhes foram asseguradas na Carta Magna.²⁵⁶

Outrossim, a escassez de políticas públicas e sociais eficazes para endossar essas garantias fundamentais, somadas com a ineficiência da administração na prestação de serviços públicos e da má qualidade dos serviços privados, propiciam maior judicialização dos conflitos e, por conseguinte, acabam por gerar um acréscimo no número de demandas perante o Poder Judiciário.²⁵⁷

Destarte, a constitucionalização dos direitos e das garantias fundamentais em nossa Carta Magna, somada às circunstâncias citadas alhures, desencadeou um aumento significativo da litigância, abarrotando as Varas e os Tribunais com diversas demandas judiciais.

Iniciou-se nas últimas décadas um processo de reformas processuais de valorização do direito jurisprudencial, a fim de superar a crise instaurada no Poder Judiciário. Estas são imprescindíveis em um sistema fragilizado pela cultura de desrespeito aos entendimentos firmados pelas Cortes Supremas. Esse fenômeno propicia o surgimento de jurisprudência lotérica, que acabam por minar a confiança do jurisdicionado e geram insegurança jurídica. Instabilidade e imprevisibilidade não condizem com os valores que sustentam um Estado Democrático de Direito.

Portanto, para que a prestação jurisdicional se torne efetiva e adequada, é necessário que as Cortes Superiores consolidem os seus entendimentos acerca das

²⁵⁵ ARRUDA ALVIM WAMBIER, 2009, p. 141.

²⁵⁶ TUCCI, José Rogério Cruz e. *O regime do precedente judicial no novo CPC*. Revista do Advogado, São Paulo, v. 35, n. 126, maio 2015, p. 144.

²⁵⁷ TUCCI, loc. cit.

questões jurídicas trazidas à sua apreciação e deem um sentido único ao texto legal, a fim de que haja a uniformização da jurisprudência.

Não obstante a proeminência conferida às decisões proferidas pelas Cortes Supremas, não havia no Brasil uma cultura de respeito aos precedentes. Os entendimentos firmados pelos Tribunais Superiores eram aplicados conforme a vontade do julgador: quando capazes de justificar a adoção de determinada tese considerada bem-vinda pelo magistrado, eram aplicados ao caso. Já na hipótese de contrariarem as suas convicções pessoais acerca da questão jurídica, eram simplesmente afastados ao argumento de estar exercendo a sua liberdade para julgar.

Está enraizada no sistema jurídico brasileiro a cultura de desrespeito aos precedentes ao argumento de que esta vinculação obrigatória interferiria na liberdade de julgar dos magistrados. “Embora as decisões no sistema do *civil law* variem constantemente de sinal, trocando de sentido ao sabor do vento, isso deve ser visto como uma patologia ou como um equívoco que, lamentavelmente, arraigou-se em nossa cultura jurídica”.²⁵⁸

Por conseguinte, as várias etapas da reforma processual conduziram à positivação de um novo caderno processual – marcado pela ideia de respeito aos precedentes – que almeja “iluminar e pavimentar o caminho em busca da racionalização do nosso sistema de distribuição de justiça, garantindo-se, consequentemente, a igualdade e segurança jurídica”.²⁵⁹ Promoveu-se, assim, a ampliação da importância conferida ao direito jurisprudencial e a adoção de um sistema de precedentes vinculantes baseado na doutrina do *stare decisis*.

No Brasil, seguindo a linha codicista típica dos países do *civil law*, a estruturação do sistema de precedentes foi totalmente positivada no ordenamento jurídico, diferindo-se do modo em que foi concebido no *common law*. Nesta tradição, o surgimento da doutrina do *stare decisis* ocorreu de modo sistêmico e continuado, sendo resultado da própria experiência do *common law* ao longo da sua evolução histórica.

Em decorrência da crise instaurada no Poder Judiciário, atentou-se à imprescindibilidade de positivar o respeito aos precedentes vinculantes no Novo Código de Processo Civil, com o propósito de lhes conferir tal caráter sistêmico.

²⁵⁸ MARINONI, 2016, p. 53.

²⁵⁹ MARINONI, 2016, p. 81.

Portanto, mediante a atuação do Poder Legislativo, busca-se entabular institutos jurídicos que deveriam ser corolários do Estado Democrático de Direito. Percebe-se, porquanto, a disparidade entre uma tradição que constrói culturalmente tais conceitos e outra que os impõe através de lei.

Nesse diapasão, Nunes e Horta prelecionam, de modo esclarecedor, que:

O Código de Processo Civil de 2015 promove a estruturação de um novo modelo dogmático para o dimensionamento do direito jurisprudencial no Brasil em face do quadro de alta instabilidade decisória que acabou tornando inviável a promoção do uso adequado dos precedentes no Brasil, considerando a superficialidade da fundamentação dos julgados e a ausência de análise panorâmica dos fundamentos, entre outros déficits de aplicação.²⁶⁰

Destarte, almeja-se estatuir um sistema normativo que retifique as incorreções contemporâneas, de modo que o respeito ao direito jurisprudencial seja evidenciado, tanto na formação quanto na aplicação correta dos precedentes. Portanto, infere-se que a jurisprudência tornar-se-á fonte formal do direito.

O novo caderno processual inovou ao inserir dispositivos que regulam os precedentes obrigatórios no direito brasileiro. Para alcançar o seu objetivo de efetivar os princípios de igualdade e de segurança jurídica terá que superar alguns desafios. A importação de institutos jurídicos oriundos do *common law* exige um processo de aprendizado e aculturação dos juristas, a fim de que se adaptem a este novo modelo processual e a esta nova forma de pensar o direito. A positivação de tais institutos no ordenamento jurídico é apenas o primeiro passo o êxito da reforma.

Outrossim, os princípios irradiados pelo *common law* não se mostram incompatíveis com o sistema jurídico brasileiro. Os ideais de igualdade, coerência e consistência na aplicação do direito pelo Judiciário, patrocinados pela doutrina do *stare decisis*, são imprescindíveis para que a prestação jurisdicional se torne efetiva e para que a ordem jurídica se mantenha estável e íntegra. A adoção de um sistema de precedentes vinculantes tem o potencial de reduzir o número de ações judiciais, de possibilitar a realização de acordos, além de uniformizar a jurisprudência em todo o território nacional. Destarte, a oportunidade de respeitar os precedentes nos oferece ferramentas para superar a crise instaurada no Poder Judiciário.

Portanto, para que a prestação jurisdicional se torne efetiva e adequada, é necessário que as Cortes Superiores consolidem os seus entendimentos acerca das

²⁶⁰ NUNES e HORTA, 2015, p. 1.

questões jurídicas trazidas à sua apreciação e deem um sentido único ao texto legal, a fim de que haja a uniformização da jurisprudência. Assim, Tribunais Superiores devem exercer a sua função nomofilática, a fim de que a jurisprudência consolidada garanta a certeza e a previsibilidade do direito. É imperioso, pois, que as jurisdições *a quo* e até mesmo as próprias Cortes Superiores observem a jurisprudência dominante e apliquem os precedentes firmados. Caso contrário, os ideais de segurança e igualdade almejados pelo novo Código serão frustrados.

Infere-se, porquanto, que o novo Código de Processo Civil impõe a eficácia vertical e horizontal dos precedentes, fundado na lógica de autorrespeito das decisões vinculantes, que sempre esteve presente no *common law*, principalmente na *House of Lords* e na Suprema Corte dos Estados Unidos. “Ora, seria impossível pensar em coerência da ordem jurídica, em igualdade perante o Judiciário e em segurança jurídica caso os órgãos do Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, pudessem negar, livremente, as suas próprias decisões ou as decisões da própria Corte”.²⁶¹

Este novo *modus operandi* imposto aos operadores do direito consiste em dar um novo tratamento às decisões judiciais. Elas não podem mais ser vistas apenas como meio para solucionar um caso concreto, ela deve, todavia, ser tratada como um instrumento capaz de promover a unidade do direito e de reduzir a indeterminação do discurso jurídico.²⁶² Portanto, a motivação deve ser tratada como um instrumento de criação, identificação e compreensão da *ratio decidendi*.

A compreensão de que, no sistema do *common law*, uma decisão judicial desempenha dupla função é fundamental para a nossa análise. A decisão, antes de mais nada, define a controvérsia, ou seja, de acordo com a doutrina da *res judicata*, as partes não podem renovar o debate sobre as questões que foram decididas. Em segundo lugar, no sistema do *common law*, consoante a doutrina do *stare decisis*, a decisão judicial também tem valor de precedente.²⁶³

Destarte, conclui-se que a decisão judicial deve ser proferida com o fito de solucionar, primeiramente, a controvérsia entre os litigantes, e não com o de se tornar um precedente, sendo que a sua aplicação em um caso posterior é decorrência lógica da unidade do próprio sistema jurídico.

²⁶¹ MARINONI, 2016, p. 94.

²⁶² MITIDIERO, 2015, p. 3.

²⁶³ RE, 1994, p. 282.

Fala-se, ainda, da hiperintegração na interpretação do direito no Brasil. Ela ocorre “quando os fatos de um caso com alguma especificidade e restrição acabam se tornando um parâmetro geral para casos subsequentes que não guardam suficientes padrões de identificação com ele”.²⁶⁴ Deve-se, assim, buscar um justo meio termo entre a hiperintegração e desintegração do direito: a integridade do direito.²⁶⁵ Nesse sentido, Nunes e Horta asseveram que:

A utilização, no Brasil, dos precedentes e, em maior medida, do direito jurisprudencial na aplicação do direito é fruto de um discurso de matiz neoliberal, que privilegiava a sumarização da cognição, a padronização decisória superficial e uma justiça de números (eficiência tão somente quantitativa), configurando um quadro de aplicação equivocada (fora do paradigma constitucional) desse mesmo direito jurisprudencial que dá origem ao que se pode chamar de hiperintegração do direito.²⁶⁶

Os juízes devem, portanto, identificar as questões de fato consideradas essenciais ao deslinde da causa e devem delimitar a tese jurídica acolhida, isto é, deve entender a dinâmica das normas jurisprudenciais, buscando identificar a forma adequada para editá-las, interpretá-las e, por fim, aplicá-las. Nessa esteira, constata-se o valor atribuído ao magistrado brasileiro para consubstanciar as diretrizes do novo caderno processual. Todavia,

os precedentes, no direito brasileiro têm particularidades. Embora as decisões proferidas em recurso especial e recurso extraordinário sejam tomadas em casos concretos, esses recursos são restritos à valoração de “questões de direito”. (...) Não há dúvida que tais precedentes, embora definidores de teses jurídicas, são instituídos em casos dotados de particularidades fáticas, que, por isso, muitas vezes terão de ser consideradas ao se analisar a aplicação do precedente a casos subsequentes. Isso significa que, embora a função das Cortes Supremas seja interpretativa, o sentido atribuído à lei ou à Constituição só poder ser compreendido a partir da moldura fática do caso em que se insere a questão de direito resolvida.²⁶⁷

Posto isto, resta clarividente que a identificação da *ratio decidendi* é crucial na aplicação de um sistema de precedentes, eis que é a parte vinculante da decisão. Dessa forma, deve o aplicador buscar nos fundamentos para a decisão os pontos de

²⁶⁴ RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2010, p. 105.

²⁶⁵ NUNES e HORTA, 2015, p. 5.

²⁶⁶ NUNES e HORTA, loc. cit.

²⁶⁷ MARINONI, 2016, p. 184-185.

direito que solucionam o caso, visto que a *ratio decidendi* é vista como passo suficiente à específica solução dada à lide.

Entretanto, não imperava no sistema jurídico brasileiro o entendimento de que a fundamentação era o meio ideal para a revelação da *ratio decidendi*. A importância da motivação das decisões judiciais era mais restrita, posto que dizia respeito apenas às partes do processo e serviam para legitimar o poder desempenhado pelos juízes.

“Alias, observa-se de passagem, que também o relatório tem de ser colocado em nova perspectiva na tradição do *civil law*. Isso porque é a partir dele que será possível cotejar os casos a fim de que se possa aplicar de forma adequada o precedente”,²⁶⁸ eis que dificilmente havia uma análise comparativa entre os fatos do caso paradigma, que se originou a *ratio decidendi*, e o da lide sob julgamento. Isso dificultava a correta aplicação dos precedentes no Brasil.

O novo Código deu uma guinada nesta concepção enraizada no *civil law*. Infere-se, pois, que, atualmente, a técnica de identificação e aplicação do precedente no sistema brasileiro muito se assemelha do método adotado pela doutrina do *stare decisis*. O redimensionamento da motivação dos atos decisórios trazido pelo art. 489 do novel caderno processual eleva o nível de exigência e de qualidade da fundamentação dos atos decisórios, eis que deve ser compreendida como instrumento de criação, identificação e compreensão da *ratio decidendi*.

Todavia, a conformação da *ratio decidendi* no direito brasileiro não deve sofrer a restrição imposta no *common law*, no sentido de que ela deve ser vista como passo suficiente à solução do caso. A esse propósito, preleciona o douto professor Marinoni:

O que se espera de um precedente, ou seja, a sua capacidade de estabilizar a compreensão de questão jurídica e de assegurar previsibilidade e igualdade, não pode constituir privilégio das soluções definitivas dadas a cada um dos casos. Em princípio, todas as questões, envolvidas e presentes de uma ou outra maneira nos vários processos jurisdicionais, devem contar com os benefícios da teoria dos precedentes.²⁶⁹

Dessa forma, no Brasil a *ratio decidendi* deve ser tratada como premissa à solução de qualquer questão inserida na lide e não simplesmente de casos. A partir

²⁶⁸ MARINONI, 2016, p. 206.

²⁶⁹ Ibid., p. 186.

de um único julgamento, portanto, podem-se extrair várias *rationes* com eficácia vinculante.

Conforme exposto alhures, ficou evidenciado que a adoção de um sistema de precedentes no Brasil carece de uma mudança do comportamento do magistrado. Outrossim, cumpre salientar que o dever argumentativo imposto aos juízes deve ser igualmente observado pelas partes e advogados, exigindo destes últimos o ônus da argumentação. Portanto, deve o advogado tratar com seriedade os deveres normativos de cooperação e boa-fé objetiva, a fim de promover uma adequação dos fatos aos fundamentos legais, além de elucidar a pertinência da aplicação de conceitos indeterminados contidos em princípios ou regras ao caso.

Assim, tanto os juízes quanto os advogados, quando invocarem a aplicação de um precedente ao caso concreto, deverão promover não apenas a colocação de ementas de casos aproximados, mas também a demonstração mediante analogias precisas de que seu caso e o precedente são idênticos, de modo que a respostas decisórias coerentes. Nesse sentido, é pertinente a exposição feita na lição de Nunes e Horta:

Caso a nova lei não seja interpretada em sua unidade e em conformidade com a teoria normativa da participação, corre-se o risco de manter-se o “velho” modo de julgamento empreendido pelos magistrados, que, de modo unipessoal (solista), aplicam teses e padrões sem a promoção de juízos de adequação e aplicabilidade ao caso concreto, citando ementas e súmulas de forma descontextualizada, e não se preocupando em instaurar um efetivo diálogo processual com os advogados e as partes, especialmente se a doutrina não reassumir a função e a postura crítica que dela se espera, ao contrário de se conformar em repetir o ementário e os enunciados sumulares de uma prática jurisprudencial que se vale, em um círculo vicioso, dos mesmos enunciados e ementas.²⁷⁰

Ademais, o novo Código de Processo Civil positivou a imprescindibilidade de se empregar os métodos de distinção e superação de precedentes como requisitos de validade das decisões judiciais. Tais institutos são fundamentais para a instrumentalização da doutrina de respeito ao precedente vinculante, porquanto obstam o engessamento do direito, de modo a salvaguardar a fidelidade do precedente à congruência social e à coerência sistêmica, e, outrossim, promovem a ordem institucional mediante a garantia de uma prestação jurisdicional equitativa.

²⁷⁰ NUNES e HORTA, 2015, p. 6-7.

Por fim, conclui-se que as inovações normativas trazidas pelo novel caderno processual brasileiro são os primeiros passos para a implantação de um sistema de precedentes vinculantes. Este se dará de forma paulatina e se efetivará a partir da estabilização e da uniformização da jurisprudência das Cortes Superiores, do respeito a estes entendimentos pelos órgãos jurisdicionais a elas submetidas, da estrita observância ao dever de fundamentação das decisões judiciais, além de um processo de adaptação dos próprios operadores do direito.

3.2.DA COMPARAÇÃO ENTRE OS INSTITUTOS JURÍDICOS POSITIVADOS PELO SISTEMA BRASILEIRO DE PRECEDENTES E OS ADOTADOS PELA DOUTRINA DO *STARE DECISIS*

Far-se-á, neste ponto da monografia, uma brevíssima comparação entre os institutos jurídicos adotados pelo sistema brasileiro de precedentes com os seus respectivos correspondentes na doutrina do *stare decisis*. Busca-se, porquanto, retomar alguns dos tópicos tratados neste trabalho, a fim de verificar de que forma tais dispositivos importados do *common law* foram adaptados ao sistema jurídico brasileiro quando positivados pelo novel caderno processual.

O novo Código de Processo Civil reformulou o sistema de precedentes brasileiro no intuito de transformá-lo em algo similar ao empregado no sistema norte-americano. Destarte, importou elementos que instrumentalizam a doutrina do *stare decisis*, como, por exemplo, a noção de *ratio decidendi*, o método de identificação da parte vinculante da decisão, as técnicas de distinção e revogação do precedente, entre outros. Ademais, percebe-se que o dever de observância dos precedentes obrigatórios emanados pelas Cortes Supremas demonstram a forte influência que o *common law* vem exercendo no ordenamento jurídico brasileiro.

Destarte, tenciona-se estatuir um sistema normativo que retifique as incorreções contemporâneas, de modo que o respeito ao direito jurisprudencial seja evidenciado, tanto na formação quanto na aplicação correta dos precedentes.

O cerne da doutrina do *stare decisis* encontra-se no fato de que "os princípios jurídicos estabelecidos nas decisões das Cortes devem permanecer vigentes e aceitos como fontes primárias de Direito até que as Cortes superiores decidam de forma contrária, ou, ainda, que seja publicada legislação revogando tais

princípios."²⁷¹ Após a promulgação do novo caderno processual, outro não é o entendimento consolidado pelo sistema brasileiro de precedentes. Há agora a imprescindibilidade de os Tribunais Superiores firmarem os seus entendimentos, de modo que se mantenham estáveis e íntegros, a fim de que sejam irradiados a todo o ordenamento jurídico e que a jurisprudência dominante seja respeitada pelas jurisdições *a quo*.

Conforme já aventado, em ambas as tradições jurídicas os precedentes obrigatórios vinculam não somente as decisões do órgão jurisdicional que os produziram, mas também as emanadas em casos similares apreciados pelos Tribunais que a si estiverem subordinados ou de mesma instância.

Infere-se, ainda, que, tanto no *common law*, quanto no ordenamento brasileiro, a formação do precedente ocorre de forma paulatina e dinâmica. Ora, as teses jurídicas veiculadas nas inúmeras demandas judiciais são debatidas e analisadas por diferentes magistrados integrantes do primeiro e segundo grau de jurisdição de diversas localidades, contribuindo, assim, para o amadurecimento das questões aventadas.²⁷²

À vista disso, infere-se que a participação das partes, bem como a atuação dos juízes, dos advogados e demais envolvidos no processo contribuem substancialmente para que a decisão firmada nos Tribunais Superiores seja a mais adequada para a questão posta à apreciação do Judiciário, constituindo, por conseguinte, um precedente para casos análogos ulteriores.²⁷³

Ademais, o precedente não deve ser aplicado de forma automática. Deve-se fazer uma análise acerca dos seus elementos formadores para buscar os fundamentos determinantes para a decisão, isto é, para identificar a parte vinculante da decisão. Nesta esteira, extrai-se da lição de Edward D. Re que:

O precedente deve ser analisado cuidadosamente para determinar se existem similaridades de fato e de direito e para determinar a posição atual da Corte com relação ao caso anterior. Estuda-se o precedente para determinar se o princípio nele deduzido constitui a fundamentação da decisão ou tão-somente um *dictum*. Apenas os fundamentos da decisão merecem reconhecimento e acatamento com força vinculativa. Um *dictum* é apenas uma observação ou opinião e, como tal, goza tão-somente de força

²⁷¹ VIEIRA, 2007, p. 119.

²⁷² MIRANDA DE OLIVEIRA, 2014, p. 311-312.

²⁷³ Ibid., p. 312.

persuasiva. Os fatores que afetam ou determinam o grau de persuasão que podem alcançar os dicta são muitos e de diversa natureza.²⁷⁴

Há, portanto, a preocupação em determinar qual parte da decisão judicial vincula o seu aplicador. Conforme já tratado, “as decisões judiciais são compostas pela *ratio decidendi* (rule) e pelos *obiter dicta*”.²⁷⁵ O primeiro instituto diz respeito à parte vinculante da decisão judicial. Já o segundo, trata dos discursos não autoritativos que se manifestam nos pronunciamentos judiciais.²⁷⁶

Nesta esteira, mostram-se pertinentes os ensinamentos de Marinoni acerca dos institutos formadores do precedente:

A razão de decidir, numa primeira perspectiva, é a tese jurídica ou a interpretação da norma consagrada na decisão. De modo que a razão de decidir certamente não se confunde com a fundamentação, mas nela se encontra. Ademais, a fundamentação não só pode conter várias teses jurídicas, como também considerá-las de modo diferenciado, sem dar igual atenção a todas. Além disso, a decisão, como é óbvio, não possui em seu conteúdo apenas teses jurídicas, mas igualmente abordagens periféricas, irrelevantes enquanto vistas como necessárias à decisão do caso.²⁷⁷

As razões de decidir ou os fundamentos da decisão, tão relevantes para o desenvolvimento do *common law*, também importam ao sistema brasileiro de precedentes, haja vista que uma decisão pode gerar efeitos extraprocessuais, isto é, para além das partes de um processo. A decisão, tratada como precedente, importa aos juízes, a quem incumbe dar coerência à aplicação do direito, e aos jurisdicionados, que carecem de segurança jurídica e previsibilidade para embasarem os seus atos cotidianos.²⁷⁸

A *ratio decidendi* não deve ser confundida com a fundamentação ou com o dispositivo. Ela é extraída ou elaborada a partir dos elementos da decisão, quais sejam, a fundamentação, o dispositivo e o relatório. Assim como sempre esteve presente no *common law*, devem os juristas brasileiros se preocupar com a distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*. Tal distinção é pertinente ante a valorização dada pelo sistema aos fundamentos da decisão. Cabe ao magistrado, portanto, analisar o julgado e verificar a sua porção que tem efeito obrigatório ou vinculante.

²⁷⁴ RE, 1994, p. 283.

²⁷⁵ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Interpretação da lei e de precedentes - Civil Law e Common Law*. Revista dos Tribunais, v. 893, mar. 2010, p. 35.

²⁷⁶ MIRANDA DE OLIVEIRA, op. cit., p. 310.

²⁷⁷ MARINONI, 2016, p. 161.

²⁷⁸ Id., 2012, p. 355.

Dessa forma, há necessidade de discriminar a parte da fundamentação que verdadeiramente dá significado à decisão daquilo que não lhe diz respeito ou não lhe é essencial.²⁷⁹

Posto isto, resta clarividente que a identificação da *ratio decidendi* é crucial na aplicação de um sistema de precedentes, eis que é a parte vinculante da decisão. Dessa forma, deve o aplicador buscar nos fundamentos para a decisão os pontos de direito que solucionam o caso, visto que a *ratio decidendi* é vista como passo suficiente à específica solução dada à lide. Nesse sentido:

A sentença contém dois atos jurídicos distintos: a fundamentação, na qual se expõe a *ratio decidendi*, e o dispositivo, no qual se determina a norma individualizada. A falta de fundamentação torna difícil ou impossível identificar a *ratio decidendi* e, por isso, permite a invalidação do dispositivo, outro ato jurídico, cuja validade depende da existência do primeiro.²⁸⁰

Consoante já alvitrado neste capítulo, constata-se que a técnica de identificação e aplicação do precedente no sistema brasileiro muito se assemelha do método adotado pela doutrina do *stare decisis*. O redimensionamento da motivação dos atos decisórios trazido pelo art. 489 do novel caderno processual eleva o nível de exigência e de qualidade da fundamentação dos atos decisórios, eis que deve ser compreendida como instrumento de criação, identificação e compreensão da *ratio decidendi*.

O novo Código de Processo Civil positivou a imprescindibilidade de se empregar os métodos de distinção e superação de precedentes como requisitos de validade das decisões judiciais. Tais institutos são fundamentais para a instrumentalização da doutrina de respeito ao precedente vinculante, porquanto obstem o engessamento do direito, de modo a salvaguardar a fidelidade do precedente à congruência social e à coerência sistêmica, e, ademais, promovem a ordem institucional mediante a garantia de uma prestação jurisdicional equitativa.

A estruturação pela doutrina e jurisprudência pátrias de técnicas de distinção (distinguishing) a partir do CPC/2015 impõe-se como decorrência lógica da concretização do modelo constitucional de processo no marco da convergência de tradições jurídicas (que deve ser lida sob a luz da Constituição e das normas fundamentais da nova legislação) e da utilização do direito jurisprudencial como fonte normativa e instrumento para a manutenção de um ordenamento jurídico coerente e uniforme, atributos que

²⁷⁹ MARINONI, 2016, p. 167.

²⁸⁰ DIDIER JR., BRAGA e OLIVEIRA, 2015, p. 444.

remontam, em última análise, à integridade do Estado como garantidor de um sistema jurídico único, pois apenas assim será possível conciliar a dimensão subjetiva de cada caso com a dimensão objetiva do direito que se pretende aplicar.²⁸¹

À semelhança do instituto originado no *common law*, o método da distinção adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro é uma técnica empregada no intuito de verificar a existência de distinções relevantes entre o caso concreto e o paradigma, mediante a averiguação da incompatibilidade entre a tese jurídica formulada (*ratio decidendi*) e as circunstâncias fáticas discutidas, ou pela constatação de alguma particularidade intrínseca à lide que afasta a aplicação do precedente.²⁸²

A vinculação dos precedentes, portanto, não é imutável ou definitiva, eis que, além de garantir estabilidade e segurança jurídica ao sistema, ela permite o desenvolvimento e o não engessamento do direito jurisprudencial por intermédio do *distinguishing*, por exemplo.²⁸³

Ademais, o novo caderno processual brasileiro ressalta a indispensabilidade da devida fundamentação da decisão que afastar a incidência de um precedente vinculante por intermédio da técnica da distinção. Nesse diapasão, o art. 489, §1º, VI, do CPC/2015, reputa nula a decisão que “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção do caso em julgamento ou a superação do entendimento”.²⁸⁴

Conforme outrora já aventado, a superação da *ratio decidendi* de um precedente cassa o seu caráter vinculante, tornando-o inaplicável aos casos vindouros. A utilização desse método deve ser adequadamente ponderada pelo julgador, porquanto acarreta grande impacto social. Todavia, se porventura deixar de corresponder aos padrões de congruência social e consistência sistêmica, a sua revogação é medida que se impõe.

A possibilidade de superar um precedente não permite que os juízes a façam sob qualquer circunstância. Deve-se, necessariamente, motivar a decisão para não segui-lo, de modo que restem clarividentes os motivos que conduziram à aplicação do *overruling*, abrindo a oportunidade para a construção de nova proposição jurídica para idêntico contexto. A esse propósito, é o que prevê o Enunciado n.º 321 do Fórum Permanente de Processualistas Civis:

²⁸¹ NUNES e HORTA, 2015, p. 12.

²⁸² DIDIER JR., BRAGA e OLIVEIRA, 2015, p. 491.

²⁸³ MIRANDA DE OLIVEIRA, 2014, p. 316.

²⁸⁴ BRASIL, 2015.

Enunciado 321. (art. 927, §4º). A modificação do entendimento sedimentado poderá ser realizada nos termos da Lei n.º 11.417, de 19 de dezembro de 2006, quando se tratar de enunciado de súmula vinculante; do regimento interno dos tribunais, quando se tratar de enunciado de súmula ou jurisprudência dominante; e, incidentalmente, no julgamento de recurso, na remessa necessária ou causa de competência originária do tribunal.²⁸⁵

“As razões que justificam o *overruling* devem ser ainda mais fortes do que as que seriam suficientes para o *distinguishing*”.²⁸⁶ Isso porque o método de superação representa a revogação total da *ratio decidendi* de um precedente, isto é, afasta definitivamente a aplicação de sua parte vinculante a casos futuros.

Quanto às razões que justificam a superação de um precedente, o Enunciado n.º 322 do Fórum Permanente de Processualistas Civis rege que “a modificação de precedente vinculante poderá fundar-se, entre outros motivos, na revogação ou modificação da lei em que ele se baseou, ou em alteração econômica, política, cultural ou social referente à matéria decidida”.²⁸⁷

Sobre tal aspecto, afirma o art. 927, §4º, do CPC/2015 que “a modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia”.²⁸⁸

Assim como ocorre no *common law*, há a possibilidade de haver a modulação dos efeitos da revogação do precedente no ordenamento jurídico brasileiro. Em geral, a revogação de um precedente no *common law* se dá por meio do *retrospective overruling*. Não obstante, a superação pode ocorrer mediante o *propective overruling*, isto é, ela tem seus efeitos postergados e passa a valer a partir da data que a corte definir.²⁸⁹

A modulação dos efeitos é aplicada em ambos as tradições jurídicas no intuito de preservar a segurança jurídica e de não constituir uma surpresa injusta. Destarte, o julgador deverá fundamentar a opção de modulação dos efeitos no momento da

²⁸⁵ Enunciado n. 321 do Fórum Permanente de Processualistas Civis. Carta de Curitiba, p. 45. Disponível em: < <http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/12/Carta-de-Curitiba.pdf>>. Acesso em 09 jun. de 2016.

²⁸⁶ MIRANDA DE OLIVEIRA, 2014, p. 320.

²⁸⁷ Enunciado n. 322 do Fórum Permanente de Processualistas Civis. Carta de Curitiba, p. 45. Disponível em: < <http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/12/Carta-de-Curitiba.pdf>>. Acesso em 09 jun. de 2016.

²⁸⁸ BRASIL, 2015.

²⁸⁹ MIRANDA DE OLIVEIRA, 2014, p. 321-322.

decisão de revogação do precedente, visto que não existe uma fórmula para a utilização destes.

O art. 927, §3º, do CPC/2015 rege que, “na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica”.²⁹⁰

Nesta esteira, o Enunciado n.º 55 do Fórum Permanente de Processualistas Civis afirma que “pelos pressupostos do §3º do art. 927, a modificação do precedente tem, como regra, eficácia temporal prospectiva. No entanto, pode haver modulação temporal, no caso concreto”.²⁹¹

Assevera-se que, via de regra, a superação dos precedentes na Inglaterra possui eficácia *ex tunc*. Já nos Estados Unidos, utiliza-se amplamente o método do *prospective overruling*, que confere eficácia *ex nunc* à decisão, de modo que apenas os casos vindouros serão afetados. Dessa forma, cumpre salientar que, em virtude da eficácia da decisão revogadora do precedente, a utilização da técnica de *overruling* é tratada como sendo algo excepcional e recente no ordenamento jurídico inglês. Por outro lado, este método é usualmente empregado pela Suprema Corte Americana. Isso confere maior flexibilidade ao sistema, eis que não será tão evitado pelas cortes de justiça.²⁹²

À vista disso, na visão de Didier Jr., Braga e Oliveira, a revogação com regra prospectiva seria inviável em um país como o Brasil, em que sua jurisprudência muda de acordo com o sabor do vento. Ademais, entendem que esta regra facilitaria a superação dos precedentes no Brasil e, por conseguinte, não corresponderia às diretrizes do novo Código de assegurar a previsibilidade das decisões, além de não cumprir o objetivo intrínseco ao *stare decisis* de estabilizar o entendimento das Cortes Superiores.²⁹³

Dessa forma, de forma diversa ao que rege o Enunciado 55, alguns doutrinadores entendem que a regra de eficácia da decisão revogadora no Brasil deve ter efeitos retroativos, assim como ocorre no direito inglês, eis que seria um meio de garantir a segurança jurídica e a estabilidade dos atos decisórios.

²⁹⁰ BRASIL, 2015.

²⁹¹ Enunciado n. 55 do Fórum Permanente de Processualistas Civis. Carta de Curitiba, p. 15. Disponível em: < <http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/12/Carta-de-Curitiba.pdf>>. Acesso em 09 jun. de 2016.

²⁹² VIEIRA, 2007, p. 128.

²⁹³ DIDIER JR., BRAGA e OLIVEIRA, 2015, p. 499.

Eventualmente, poderiam as Cortes conferir efeitos prospectivos à superação do precedente mediante a devida fundamentação, de modo que sejam apontadas as razões que justificam a exceção, seguindo, portanto, o modelo norte-americano.

Por fim, infere-se que os dispositivos que evidenciam a positivação do sistema de precedentes brasileiro foram inspirados nos institutos jurídicos oriundos da doutrina do *stare decisis* do *common law*. Estes foram adaptados ao ordenamento jurídico e à realidade do Poder Judiciário brasileiro, a fim de que as diretrizes impostas pelo novo Código de Processo Civil sejam atingidas por meio do respeito as decisões vinculantes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo objetivou traçar comparações de cunho conceitual, estrutural, histórica e, até mesmo, cultural entre o sistema brasileiro de precedentes positivado pelo novo Código de Processo Civil e a doutrina do *stare decisis* oriunda dos países da tradição do *common law*. Ao longo da monografia foram expostas algumas conclusões acerca desta temática, as quais passo a organizar neste ponto.

O *civil law* e o *common law* se originaram de circunstâncias políticas e culturais absolutamente diferentes, o que conduziu ao desenvolvimento de tradições jurídicas distintas e com peculiaridades inerentes a cada um dos sistemas. Todavia, cumpre elucidar que há correspondência entre os seus princípios norteadores. Em ambos os sistemas o direito nasce com o fito de assegurar estabilidade, previsibilidade, igualdade e consistência às interações sociais.

Infere-se, do primeiro capítulo, que desde a sua gênese o *common law* adotou os costumes e princípios como fonte do direito, sem se vincular, todavia, a um corpo rígido de normas. Ademais, deve-se frisar que não há qualquer referencia aos precedentes em sua origem, posto que esta doutrina não é necessária à existência da tradição jurídica anglo-saxã. A vinculação dos tribunais às decisões judiciais pretéritas foi resultado da sua própria experiência ao longo da sua evolução histórica, possibilitando o surgimento da doutrina do *stare decisis*, como é conhecido o sistema de precedentes no direito anglo-americano.

Após, aprofundou-se o estudo acerca desta doutrina de respeito aos precedentes vinculantes, apontando os seus princípios norteadores, além de demonstrar a sua importância para o desenvolvimento do moderno *common law* e a sua imprescindibilidade para a garantia da estabilidade do ordenamento, da previsibilidade das decisões judiciais, da confiabilidade do jurisdicionado e da segurança jurídica.

Ilustraram-se, ainda, os conceitos de *ratio decidendi* e *obiter dictum*, os quais são elementos formadores do precedente. O primeiro diz respeito à parte vinculante da decisão, são os fundamentos determinantes que conduziram a solução da lide. O segundo concerne à parte irrelevante da decisão, eis que não é dotado de caráter vinculante.

Conclui-se que, não obstante o dever de observância obrigatória dos precedentes vinculantes, a doutrina do *stare decisis* dispõe de métodos que

permitem a superação do entendimento ou a flexibilização da *ratio decidendi*. Estes são essenciais para a evolução do sistema jurídico, posto que impedem o engessamento do direito a entendimentos ultrapassados, isto é, que não condizem com a realidade social. Abordaram-se, nesta pesquisa, os métodos de distinção (*distinguishing*), de revogação (*overruling*), além de outras técnicas intermediárias empregadas, principalmente, no direito norte-americano.

Já no segundo capítulo, iniciou-se o estudo realizando uma brevíssima introdução acerca da origem do *civil law* até a Revolução Francesa, elucidando as influências históricas suportadas pelo sistema jurídico brasileiro. Demonstrou-se que os dogmas originados neste período revolucionário impunham que os ideais de segurança jurídica, de estabilidade do ordenamento e de previsibilidade das decisões seriam concretizados mediante a legislação escrita, eis que estava ali inserida a vontade geral dos cidadãos. Destarte, infere-se que o valor dado à lei, em desfavor da coerência sistêmica, e a excessiva liberdade de julgamento conferida aos magistrados, em face da unidade do ordenamento, instauram uma crise judiciária no Brasil.

Evidenciou-se, pois, a imprescindibilidade de positivar o respeito aos precedentes vinculantes no Novo Código de Processo Civil, com o propósito de lhes conferir tal caráter sistêmico. Passou-se, assim, a elucidar os dispositivos trazidos pelo novo caderno processual brasileiro, versando acerca das hipóteses de vinculação e da indispensabilidade da fundamentação dos atos decisórios. Após, tratou-se das técnicas de flexibilização e superação de precedentes importados da doutrina do *stare decisis* pelo novo Código.

Por fim, o terceiro capítulo alude à comparação entre o sistema de precedentes brasileiro e a doutrina do *stare decisis* oriunda do *common law*. Percebe-se, pois, o prelúdio de uma recíproca aproximação entre as duas tradições jurídicas. Por um prisma, identifica-se uma eloquente intensificação do uso da *statutory law* (legislação escrita) na tradição do *common law*. Por outro, constata-se que o marco do constitucionalismo ensejou uma mudança no paradigma da supremacia da lei e do princípio da segurança jurídica na tradição do *civil law*. Atualmente, preocupa-se cada vez mais na efetivação dos ideais de estabilidade e consistência do ordenamento jurídico, de previsibilidade das decisões judiciais e de isonomia extraprocessual mediante a uniformização da jurisprudência e o respeito aos entendimentos firmados pelas Cortes Supremas.

Portanto, para que a prestação jurisdicional se torne efetiva e adequada, é necessário que as Cortes Superiores consolidem os seus entendimentos acerca das questões jurídicas trazidas à sua apreciação e deem um sentido único ao texto legal, a fim de que haja a uniformização da jurisprudência. Promoveu-se, assim, a ampliação da importância conferida ao direito jurisprudencial e a adoção de um sistema de precedentes vinculantes baseado na doutrina do *stare decisis*. Destarte, a oportunidade de respeitar os precedentes nos oferece ferramentas para superar a crise instaurada no Poder Judiciário.

Todavia, terá que superar alguns desafios para vencer esta crise e alcançar as diretrizes trazidas pelo novo caderno processual de efetivar os princípios de igualdade, previsibilidade e segurança jurídica. A posituação de tais institutos no ordenamento jurídico é apenas o primeiro passo para o êxito da reforma. Deve haver um processo de aprendizado e aculturação dos juristas, a fim de que se adaptem a este novo modelo processual e a esta nova forma de pensar o direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. **Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law**. Revista de Processo. São Paulo, v. 34, n. 172, 2009.

_____. **Interpretação da lei e de precedentes - Civil Law e Common Law**. Revista dos Tribunais, v. 893, mar. 2010.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Estruturação de um sistema de precedentes no Brasil e concretização da igualdade: desafios no contexto de uma sociedade multicultural**. In: DIDIER JR., Fredie et al. Coleção grandes temas do novo CPC: precedentes. Salvador: JudPODIVM, 2015, v. 3.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: a.

_____. Superior Tribunal de Justiça – **AgRg nos EREsp 228432 RS 2000/0049237-0**, Relator: Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Data de Julgamento: 01/02/2002, CE - CORTE ESPECIAL, Data de Publicação: DJ 18.03.2002. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/295114/agravo-regimental-nos-embargos-de-divergencia-no-recurso-especial-agrg-nos-eresp-228432-rs-2000-0049237-0>>. Acesso em: 27 mai. 2016

_____. **Súmula 691 do Supremo Tribunal Federal**. Brasília. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_601_700>. Acesso em: 02 jun. 2016.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela** - 10. ed. - Salvador: JusPodivm, 2015, v. 2.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. 2ª ed., Martins Fontes: São Paulo, 2007.

EISENBERG, Melvin Eisenberg. **The Nature of the Common Law**. Cambridge, Harvard University Press, 1998. In: MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ENUNCIADO n. 55 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis. Carta de Curitiba, 2015, p. 15. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/12/Carta-de-Curitiba.pdf>>. Acesso em 09 jun. de 2016.

_____. **n. 320 do Fórum Permanente de Processualistas Civis.** Carta de Curitiba, 2015, p. 45. Disponível em: < <http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/12/Carta-de-Curitiba.pdf>>. Acesso em 09 jun. de 2016.

_____. **n. 321 do Fórum Permanente de Processualistas Civis.** Carta de Curitiba, 2015, p. 45. Disponível em: < <http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/12/Carta-de-Curitiba.pdf>>. Acesso em 09 jun. de 2016.

_____. **n. 322 do Fórum Permanente de Processualistas Civis.** Carta de Curitiba, 2015, p. 45. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/12/Carta-de-Curitiba.pdf>>. Acesso em: 09 jun. 2016.

_____. **n. 324 do Fórum Permanente de Processualistas Civis.** Carta de Curitiba, 2015, p. 45. Disponível em: < <http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/12/Carta-de-Curitiba.pdf>>. Acesso em 09 jun. de 2016.

KNIFFIN, Margaret N. **Overruling Supreme Court precedents: anticipatory action by United States courts of appeals.** Fordham Law Review, 1982, p. 77. In: MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios.** 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

.LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus.** São Paulo: M. Fontes, 2007.

LUZ, Valdemar P. da. **A reforma processual e os precedentes jurisprudenciais.** In: LAMY, Eduardo; ABREU, Pedro Manoel; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (Org.). **Processo Civil em Movimento: Diretrizes para o novo CPC.** Florianópolis: Conceito, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios.** 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. **Uma nova realidade diante do Projeto de CPC: a ratio decidendi ou os fundamentos determinantes da decisão.** Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 101, n. 918, abr. 2012.

MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. **A força das decisões judiciais.** Revista de Processo, v. 216, fev. 2013.

_____. **Novíssimo Sistema Recursal.** 2 ed. rev., atual. e ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

_____; ANDERLE, Rene José. **O sistema de precedentes no CPC projetado: engessamento do direito?** Revista de Processo. São Paulo, v. 39, n. 232, jun. 2014.

MITIDIERO, Daniel. **Fundamentação e precedente – dois discursos a partir da decisão judicial.** 2012. Disponível em: <https://www.academia.edu/3223814/Fundamenta%C3%A7%C3%A3o_e_precedente_e_dois_discursos_a_partir_da_decis%C3%A3o_judicial_-_Revista_de_Processo_206>. Acesso em: 01 jun. 2016.

_____. **Precedentes, jurisprudência e súmulas no novo Código de Processo Civil brasileiro.** 2015. Disponível em:

<https://www.academia.edu/15354370/Precedentes_Jurisprud%C3%Aancia_e_S%C3%BAmulas_no_Novo_CPC>. Acesso em: 01 jun. 2016

MOTTA, Otávio Verdi. **Justificação da Decisão Judicial: a elaboração da motivação e a formação de precedente**. Coleção o novo processo civil. MARINONI, Luiz Guilherme (dir.); ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.). Revista dos Tribunais, São Paulo, 2015.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco. **Precedentes no CPC-2015: por uma compreensão constitucionalmente adequada do seu uso no Brasil**. In: FREIRE, Alexandre; BARROS, Lucas Buril de Macedo; PEIXOTO, Ravi. **Coletânea Novo CPC: Doutrina Seleccionada**. Salvador: Juspodivm, 2015, no prelo. Disponível em: <https://www.academia.edu/12103940/Precedentes_no_CPC-2015_por_uma_compreens%C3%A3o_constitucionalmente_adequada_do_seu_uso_no_Brasil>. Acesso em: 27 mai. 2016.

NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. **Aplicação de precedentes e distinguishing no CPC/2015: uma breve introdução**. In: CUNHA, Leonardo Carneiro da; MACÊDO, Lucas Buril de; ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues de (org.). **Precedentes judiciais no CPC**. Coleção Novo CPC e novos temas. Salvador: Juspodivm, 2015. Disponível em: <https://www.academia.edu/12353024/APLICA%C3%87%C3%83O_DE_PRECEDENTES_E_DISTINGUISHING_NO_CPC_2015>. Acesso em: 17 mai. 2016.

NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio; BAHIA, Alexandre. **Precedentes no Novo CPC: É possível uma decisão correta?** 2015. Disponível em: <https://www.academia.edu/14075832/Precedentes_no_Novo_CPC_%C3%89_poss%C3%ADvel_uma_decis%C3%A3o_correta>. Acesso em: 01 jun. 2016

PEIXOTO, Ravi. **O sistema de precedentes desenvolvido pelo CPC/2015 – uma análise sobre a adaptabilidade da distinção (distinguishing) e da distinção inconsistente (inconsistent distinguishing)**. São Paulo, Revista de Processo, vol. 248, ano 40, out. 2015.

RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2010.

RE, Edward D. **“Stare Decisis”**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 31, n° 122, Mai./jul. 1994.

SCHAUER, Frederick. **Coleção grandes temas do novo CPC: precedentes**. In: DIDIER JR, Fredie et al. **Precedentes**. Salvador: JusPODIVM, 2015.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Juruá. Curitiba, 2006.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 2 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto et al. **Novo CPC: Fundamentos e sistematização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **O regime do precedente judicial no novo CPC**. Revista do Advogado, São Paulo, v. 35, n. 126, maio 2015.

_____. **Precedente judicial como fonte de direito** – São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

VIEIRA, Andréia Costa. **Civil Law e Common Law: os dois grandes sistemas legais comparados**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007.